Materialien

zur Reform der

österreichischen Gesetzgebung

im

Justizfache.

Von

Franz Nippel,

Doktor der Rechte und k. k. Oberlandesgerichtsrathe im Kronlande Oesterreich unter der Enns.

I. Band.

Wien, 1850.

Wilhelm Braumüller,

k. k. Hofbuchhändler.

In Wilhelm Braumüller's

Buchhandlung des k. k. Hofes und der k. k. Akademie der Wissenschaften

IN WIEN

befindet sich unter der Presse und wird nächstens erscheinen:

Die österreichische Strafproceßordnung

vom 17. Jänner 1850,

erläutert und im Vergleiche mit anderen Gesetzgebungen dargestellt

von

Dr. Joseph von Würth,

k. k. Oberlandesgerichtsrath und Referent im Justizministerium.

Die Verlagshandlung glaubt den Wünschen des P. T. Publicums entgegengekommen zu sein, indem sie den Herrn Oberlandesgerichtsrath von Würth, dessen Vorlesungen über die Strafproceßordnung so große Theilnahme fanden, zur Bearbeitung seiner Vorträge in einer den Bedürfnissen der Justizmänner sowohl, als dem allgemeinen Interesse an den neuen Institutionen unseres Rechtslebens entsprechenden Weise aufforderte. Die Stellung des Herrn Verfassers zu diesem Gesetze verbürgt die richtigste Darstellung des Geistes desselben und der Gründe der einzelnen Bestimmungen.

Das Werk wird in Heften von je 6 Druckbogen, welche regelmäßig alle Monate erscheinen werden, zu dem Preise von 40 kr. C. M. pr. Heft ausgegeben und in 6 bis 8 Heften vollendet sein. Bei der Empfangsnahme des ersten Heftes, wobei man sich zur Abnahme des ganzen Werkes verpflichtet, wird das letzte vorausbezahlt. Nach der Vollendung des Werkes wird ein verhältnißmäßig erhöhter Ladenpreis eintreten.

In Entgegnung der vielseitigen Nachfragen nach

Kalessa's Wechselrecht

beehrt sich die Verlagshandlung anzuzeigen, daß die Veranstaltung einer neuen Auflage dieses Werkes bisher wegen des in Aussicht gestellten Erscheinens eines neuen Wechselgesetzes unterblieben ist, da aber nunmehr die Kundmachung dieses Gesetzes erfolgt ist, so wird noch im Laufe einiger Monate von dem oberwähnten Herrn Verfasser eine ganz neue dritte Bearbeitung des österreichischen Wechselrechtes bei uns erscheinen unter dem Titel:

Handbuch

des

österreichisch, rücksichtlich gesammten deutschen

Wechselrechtes.

Zum Gebrauche für Richter, Advocaten, Studierende und Geschäftsleute.

Von

Dr. Franz Kalessa,

k. k. Landesgerichts-Rathe in Wien.

Materialien

zur

Reform der österreichischen Gesetzgebung

im

Justizfache.

Von

Franz Nippel,

Doktor der Rechte und k. k. Oberlandesgerichtsrathe im Kronlande Oesterreich unter der Enns.

I. Band.

Wien 1850.

Wilhelm Braumüller,

Buchhändler des k. k. Hofes und der kais. Akademie der Wissenschaften.

Vorerinnerung.

Justitia regnorum Fundamentum,
ergo
recta tueri, viribus unitis.

Welche Verfassung immer ein Staat haben mag, sei es die absolut-monarchische, die konstitutionelle, oder die republikanische, immerhin ist es eine der vorzüglichsten Aufgaben desselben, einen gesicherten Rechtszustand herbeizuführen und zu erhalten; denn jedes Staatsgebäude, das nicht auf dieser festen Grundlage ruht, ist fortwährenden, ununterbrochenen Erschütterungen ausgesetzt.

Zur Herbeischaffung einer solchen festen, den Stürmen der Zeit trotzenden Grundlage gehören weise Gesetze und eine umsichtige Sorgfalt in Handhabung derselben.

Das Ziel der Justizgesetzgebung ist ein ideelles, dem sich nur angenähert, das aber nie vollkommen erreicht werden kann. Es muß sich daher damit begnügt werden, den Weg, auf dem man sich diesem Ziele annähern kann, aufzufinden, und auf demselben ununterbrochen fortzuschreiten. — Bei dem Drange vorwärts zu schreiten, geräth man sehr oft in Gefahr auf Irrwege zu gerathen. Der Glanzpunkt des Zieles wirft oft ein Irrlicht auf die Bahn, die zu selbem führt und so geschieht es, daß oft, wenn wir uns dem Ziele zu nähern scheinen, Rückschritte geschehen, die wir leider erst in später Zeit wahrnehmen. — Vernunft und Erfahrung müssen die Leitsterne sein, mittelst welchen die Bahn des Fortschrittes aufgesucht und fortwährend beleuchtet werden

muß. — Je mehr Kräfte sich in dieser Beziehung vereinigen, und je sorgfältiger bei Prüfung der auf diese Art und Weise als aufgefunden erachteten Bahn vorgegangen wird, desto sicherer werden wir dem Ziele näher rücken. Uebereilung ist hier eben so wenig an ihrem Platze, als unnöthiges Zaudern. Je mehr rechtswissenschaftlich gebildete und mit eigener Erfahrung ausgerüstete, oder wohl auch mit den Kenntnissen fremder Erfahrungen begabte Männer ihre Kräfte zur Erreichung obenangedeuteten Zweckes verwenden, und das von ihnen als wahr Anerkannte der Prüfung anderer sachkundiger Männer dadurch unterziehen, daß sie ihre Ansichten veröffentlichen; desto mehr muß denjenigen, die auf die Gesetzgebung selbst einen unmittelbaren Einfluß zu nehmen haben, ihre schwierige Aufgabe erleichtert, und um so schneller und sicherer sich dem Ziele genähert werden, nach welchem gestrebt wird.

Diese Ansicht hat in mir den Entschluß zur Reife gebracht, meine noch übrige Lebenszeit, in so lange mir noch Gott dazu Kraft verleiht, und meine eigentlichen Berufsgeschäfte mir dazu Muße übrig lassen, auf die oben angedeutete Weise der Vervollkommnung der Justizgesetze zu widmen. Ich beginne daher mit Gegenwärtigem die Ausführung meines Vorhabens, deren weitere ununterbrochene Fortsetzung ganz natürlich auch von dem Umstande abhängig ist, ob der Versuch meines Unternehmens Billigung und Theilnahme finden wird.

Die Zweige der Justizgesetzgebung, welche ich zum Gegenstande meiner Forschungen machte, sind hauptsächlich: das **bürgerliche Gesetzbuch**, die **Civil-Gerichtsordnung** und das **Kriminalrecht**.

Das erstere muß bei unparteiischer Prüfung und Vergleichung mit den Gesetzbüchern fremder Staaten als ein ausgezeichnetes Produkt der Legislation angesehen werden. — Daß es aber einer noch größeren Veredlung und Vervollkommnung fähig sei, wird doch nicht bezweifelt werden. — Die Abhandlungen, welche ich in dieser Hinsicht zu liefern gedenke, werden daher größtentheils nur eine genauere Bezeichnung desjenigen bezielen, was der höchste Gesetzgeber ohnehin anzuordnen be-

zweckte, und es sollen daher meine Bemerkungen in dieser Hinsicht nur dazu beitragen, viele Prozesse zu vermeiden.

Was die Gerichtsordnung anbelangt, so wurde eine Umänderung derselben schon seit längerer Zeit von der Gesetzgebung selbst als Bedürfniß anerkannt, und von der vormals bestandenen Gesetzgebungs-Hofkommission dießfalls Entwürfe vorbereitet, von welchen jedoch nur Bruchstücke in Wirksamkeit gekommen sind, worunter die erst vor einigen Jahren in das Leben getretene Vorschrift über das summarische Verfahren die bedeutendste ist. — Solche, aus einem Ganzen herausgerissene legislative Produkte ziehen aber nicht selten den Mißstand nach sich, daß sie auf Prinzipien gebaut werden, welche von denjenigen abweichen, von welchen man bei Verfassung desjenigen Zweiges der Gesetzgebung ausgegangen ist, von dem diese neuen Erscheinungen einen Theil bilden, ohne daß sie in der Wesenheit desselben gegründet sind. — Eine neue theilweise Umänderung unserer Gerichtsordnungen muß schon durch die in der österreichischen Reichsverfassung vom 4. März 1849 enthaltene Bestimmung erfolgen, daß das Gerichtsverfahren überhaupt ein öffentliches und mündliches sein soll, worunter also auch das civilgerichtliche begriffen werden muß. Da jedoch die Einführung des öffentlichen Verfahrens im Civil-Rechtsstreitigkeiten sich nicht als ein dringendes Bedürfniß darstellen dürfte, so ist zu hoffen, daß eine neue Gerichtsordnung als ein Ganzes in das Leben treten werde. — In Ansehung dieses Zweiges der Justizgesetzbung ist es daher um so mehr wünschenswerth, daß die Literatur sich insbesonders mit diesem beschäftige und hierzu Vorarbeiten liefere*).

In Beziehung auf die Kriminalgesetzgebung ist bereits schon der Theil desselben, welcher von dem Verfahren handelt, durch ein neues Gesetz (wenigstens provisorisch) auf Grundlage der Natur eines An-

---

*) Das während des Druckes gegenwärtiger Abhandlungen in Prag erschienene erste Heft der Zeitschrift: „Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft" ist meinem oben und hier geäußerten Wunsche entgegengekommen. Möge es kräftige Unterstützung finden!

klageprozesses, mit Einführung der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit umgeändert worden, nur ist noch nicht bestimmt, wann dasselbe eigentlich in Wirksamkeit treten werde. In dieser Beziehung kann ich nicht umhin zu bemerken, daß ich bei Erscheinung der Entwürfe eines neuen, auf die Grundsätze des Anklageprozesses, dann der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit basirten Strafverfahrens die in meinem Innern rege gewordenen Anstände zu Papier gebracht habe, die ich schon ursprünglich dem Drucke zu übergeben beabsichtigte, was aber dann unterblieben ist, und daß es mich sehr angenehm überrascht hat, als ich bei Durchlesung des dießfälligen Gesetzes selbst die meisten dieser Anstände beseitiget gefunden habe. — Indessen wird dieser Gegenstand noch genug Stoff zu Erörterungen liefern.

Auch in einzelnen Bestimmungen des ersten Theiles des Kriminal-Strafgesetzes sind bereits Verbesserungen eingetreten, von denen mehrere jedoch seit vielen Jahren gelegenheitlich der Ueberreichung des Geschäften-Ausweises zur Sprache gebracht wurden. — Uebrigens steht noch diesem Theile eine ganz neue Gestaltung bevor, welche daher vorläufige Erörterungen wünschenswerth macht. —

In dem Bewußtsein, daß ich durch mein Unternehmen nur Gutes zu erreichen beziele, und von dem Wunsche beseelt, dadurch meinem geliebten Vaterlande, wenn auch nur im mindern Grade, als es Andern gegönnt ist, im Fache meines Berufes nützlich zu werden, beginne ich mit diesem Hefte die Ausführung meines Vorhabens.

Der Verfasser.

I.

Ueber gleichförmige Auslegung und Anwendung der Gesetze.

Eine gute Justizpflege beruht a) auf guten Gesetzen und b) auf einer genauen, gleichförmigen Anwendung derselben auf vorkommende Fälle. — Letztere hängt aber zum großen Theile von dem Umstande ab, ob die erlassenen Gesetze in den Fällen, wo selbe zur Anwendung kommen, von den Richtern gleichförmig und richtig ausgelegt werden. — Was nützen gute Gesetze, wenn die Richter sie mißverstehen, wenn einige Richter dieselben, wenn es zur Anwendung kommen soll, auf diese, andere auf eine andere Art auslegen? — welch' unangenehmes Gefühl muß in Demjenigen erregt werden, welcher auf Grund einer von dem Richter ausgesprochenen Ansicht über den Sinn eines Gesetzes in einem Prozesse sachfällig geworden ist, und nun auf Grund einer der vorigen ganz entgegengesetzten Auslegung der nämlichen Gesetzesstelle in einem andern Rechtsstreite gleichfalls wieder sachfällig wird. Werden nicht Viele, die zur Kenntniß solcher sich widersprechenden Entscheidungen gelangen, und nicht in der Lage sind, den eigentlichen Grund derselben zu entdecken, zu der Meinung verleitet werden, daß Willkür ausgeübt werde, und können sie nicht dahin kommen, die Richter einer Parteilichkeit zu beschuldigen, und gegen die Unbescholtenheit derselben Zweifel zu erregen? — Wird nicht überhaupt dadurch der Rechtszustand der Einwohner eines Staates sehr gefährdet, wenn bei bestehenden gleichen Gesetzen in gleichen Fällen von verschiedenen Richtern, oder wohl selbst von einem und demselben Richter ein verschiedenes Benehmen bei Anwendung des nämlichen Gesetzes beobachtet wird?

Diesen Uebelstand gänzlich zu beseitigen, ist wohl nicht leicht möglich. Durch folgende Bestimmungen des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, welche übrigens auch mit den auswärtigen Gesetzgebungen übereinstimmen, dürfte er aber im größeren Maße herbeigeführt werden; nämlich

§. 8. Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären.

§. 12. Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richterstühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile haben nie die Kraft eines Gesetzes; sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden.

Wir stehen noch nicht auf jener erhabenen Stufe der Ausbildung der juridischen Sprache, welche es möglich machte, bei Fassung eines Gesetzes sich solcher Worte und einer solchen Fügung zu bedienen, daß nicht über die eigentliche Bedeutung des einen oder andern Gesetzes selbst bei Männern von höherer juridischer Bildung Zweifel entstehen könnten; durch welche Bemerkung ich jedoch keineswegs behaupten will, daß die Gesetzgebung nicht auch schon zu der Zeit einer größeren Ausbildung in dieser Beziehung fähig sei. — Es ist daher ein in der Natur der Sache liegendes Ergebniß, daß von den einzelnen, ein Richteramt ausübenden Individuen, viele Gesetze in verschiedener Bedeutung aufgefaßt werden, und daher, wenn diese Gesetze von ihnen in vorkommenden Fällen praktisch angewendet werden müssen, dadurch auch in ganz gleichen Rechtsangelegenheiten verschiedene Aussprüche sich bilden; — und zwar nicht nur dann, wenn diese gleichen Rechtsangelegenheiten bei verschiedenen Gerichten verhandelt werden, sondern auch dann, wenn sie bei einem und demselben Gerichte zur Sprache kommen. In dieser Beziehung kömmt man sogar dahin, Einzelnrichtern einen Vorzug vor Kollegialgerichten einräumen zu müssen, weil man wohl nicht voraussetzen kann, daß der einzelne Richter ein Gesetz heute in dieser Bedeutung und morgen wieder in einer andern auffasse. Es ist daher auch von einem solchen (wenigstens in der Regel) zu erwarten, daß er sich in seinen, auf die Auslegung eines bestimmten Gesetzes stützenden Aussprüchen gleich bleiben werde; während die Einrichtung der Kollegialgerichte es mit sich führt, daß hier eine Verschiedenheit der richterlichen Aussprüche, und zwar bei demselben Gerichte zum Vorschein kommen müsse, je nachdem nämlich diese oder jene Votanten zur Schöpfung des Erkenntnisses mitwirken. Es ist dießfalls schon wirklich öfters der Fall vorgekommen, daß bei einem größeren Kollegium, bei welchem die Berathungen in abgesonderten Senaten vorgenommen zu werden pflegen, ganz gleiche Rechtsfälle in verschiedenen Senaten zu gleicher Zeit in Berathung gekommen sind, welche wegen Uneinigkeit der einzelnen Votanten über die eigentliche Bedeutung des Gesetzes, wovon die Entscheidung des vorliegenden Falles abhängig war, auch verschieden entschieden wurden.

Diesen Mißstand haben wohl auch die Praktiker von jeher lebhaft gefühlt, und es wurde nicht selten der Versuch gemacht, denselben

möglichst dadurch zu beseitigen, daß das Präsidium in Fällen, wo es sich um Auslegung eines Gesetzes handelte, dessen wahrer und eigentlicher Sinn nicht zweifellos einleuchtete, sich veranlaßt sah, die volle Rathsversammlung oder wenigstens einen verstärkten Senat zusammenzurufen, und von diesem den Rechtsstreit entscheiden zu lassen, in der Tendenz, daß die auf diese Art durch die Mehrheit der Stimmen hervortretende Auslegung des zweifelhaften Gesetzes denn auch in allen übrigen der Entscheidung dieser Gerichtsstelle unterzogen werdenden Rechtsstreitigkeiten als rechtswirkend angesehen werden solle.

So löblich die Absicht ist, die dieser Verfügung zum Grunde liegt, so läßt sie sich doch bei dem Bestande der oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen nicht durchführen. Denn wie kann nach selben der einzelne Votant in vorkommenden Fällen genöthigt werden, seine Meinung nach diesem durch die Mehrheit der Stimmen gefaßten Konklusum zu regeln? — Es kann wohl geschehen, daß ein Votant, der früher eine andere Ansicht von der eigentlichen Bedeutung des Gesetzes hatte, durch die Gründe, die bei der Berathung in voller Versammlung der Räthe von den einzelnen Votanten geltend gemacht wurden, die die Mehrheit der Stimmen bildeten, durch späteres reiferes Nachdenken von der Irrigkeit seiner Ansicht überzeugt werde, und in diesem Falle ist es wohl seine Pflicht, der gewonnenen bessern Ueberzeugung nachzugeben, und nicht aus einem falschen Ehrgefühle starrköpfig auf seiner frühern Meinung zu verharren, was wohl auch selten geschehen wird. Aber er kann nicht genöthigt werden bei künftigen Abstimmungen seine innere Ueberzeugung zu verläugnen und die von der Mehrheit der Stimmen angenommene Deutung des Gesetzes als seine eigene Meinung auszusprechen. — Sollte er sich aber dahin äußern: „Ich bin zwar noch immer fort der Ueberzeugung, daß das Gesetz so auszulegen sei, wie ich bei der in voller Rathsversammlung gepflogenen Abstimmung über den dortmals vorgekommenen Rechtsfall äußerte; ich unterwerfe mich aber auch hier dem in diesem andern Rechtsstreite gefaßten Beschlusse, und will, daß die damalige, auf die von mir auch gegenwärtig noch irrig gehaltene Meinung sich gründende Entscheidung, um Widersprüche zu vermeiden, auch bei Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites zur Norm dienen solle;" — würde eine solche Aeußerung nicht gegen obenerwähnten §. 12 verstoßen, welcher ausdrücklich anordnet, daß die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richterstühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile nie die Kraft eines Gesetzes haben, und auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden können?

Und was soll denn dann geschehen, wenn das in voller Rathsver-

sammlung durch die Mehrheit der Stimmen gefällte Urtheil über die von dem sachfälligen Theile ergriffene Appellation oder Revision abgeändert wird, — soll nun plötzlich die von der Minorität der Stimmen geäußerte Ansicht in künftigen Fällen zur Norm dienen, oder soll auch bei dem Bestande einer höhern, der Mehrheit der Stimmen der untern Instanz entgegengesetzten Entscheidung, der Votant, der schon früher die von der höhern oder höchsten Instanz ausgesprochene Ansicht theilte, dennoch gehalten sein, der von der Mehrheit seiner Collegen festgestellten Meinung den Vorzug vor der höhern Entscheidung gegen seine Ueberzeugung einzuräumen?

Uebrigens fordert eine gründliche Auslegung eines Gesetzes oftmals ein scharfes Eindringen in die demselben zu Grunde liegende Absicht des Gesetzgebers, dann eine Vergleichung des auszulegenden Gesetzes mit allen übrigen mit ihm verwandten Gesetzesstellen, was wohl bei Votanten, die sich nur zu den gewöhnlichen Rathssitzungen versammeln, ohne vorläufige Instruirung, welche Gegenstände zur Berathung kommen werden, nicht füglich in dem Maße vorausgesetzt werden kann, als erforderlich ist, um eine bleibende Norm für ihr Benehmen in allen künftigen, dem vorliegenden gleichkommenden Rechtsangelegenheiten zu schaffen.

Es kann somit den im Eingange gegenwärtiger Abhandlung gerügten Uebelständen nur durch gesetzliche Anordnungen selbst abgeholfen werden, und ich erlaube mir daher zur möglichen Beseitigung oder eigentlich Verminderung derselben der Gesetzgebung folgenden Vorschlag zu machen.

So wie ein Referent über einen ihm zur Bearbeitung zugewiesenen Prozeß oder auch Rekurs sein Referat bearbeitet hat, und daraus sich darstellet, daß die Entscheidung desselben von der Auslegung eines Gesetzes abhängig sei, oder abhängig gemacht werden dürfte, hat er dieses seinem Präsidenten anzuzeigen. Dieser bestimmt nun den Tag, an welchem dieser Gegenstand zum Vortrag zu kommen habe, und setzt dabei durch eine schriftliche, an sämmtliche Räthe zu erlassende Erinnerung dieselben davon in Kenntniß, daß es sich bei dieser von ihm angeordneten Sitzung um die Auslegung des fraglichen Gesetzes handeln werde. — Bei dieser Sitzung wird dann von dem Referenten der fragliche Gegenstand in Vortrag gebracht, und nachdem derselbe seine Ansicht über den Sinn des Gesetzes, von dessen richtiger Auslegung eine gerechte Entscheidung abhängt, eröffnet hat, darüber abgestimmt. Das darüber von dem Vorsitzenden nach Stimmenmehrheit gefaßte Konklusum hat nun für künftige Fälle dem ganzen Kollegium provisorisch zur Norm zu dienen. —

So wenig aber ein Einzelnrichter an eine bereits schon einmal gemachte Auslegung eines Gesetzes in der Art gebunden sein kann, daß er späterhin, wenn er sich von der Unrichtigkeit seiner früheren Ansicht in der Folge überzeugt fühlen sollte, dennoch von derselben nicht mehr abgehen dürfte, — ebenso wenig kann ein ganzes Kollegium verhalten werden, bei seiner frühern Ansicht zu verharren. Jedoch versteht es sich wohl von selbst, daß von dem früheren Beschlusse gleichfalls nur durch einen gleichartigen, in voller Rathsversammlung gefaßten Beschluß wieder abgegangen werden könne.

Durch diese Verfügung, welche übrigens nach den vorausgeschickten Bemerkungen durch ein Gesetz selbst festgesetzt werden müßte, — würde wenigstens der Uebelstand verschiedener, in kurzer Zeit auf einander folgenden, sich entgegengesetzten Entscheidungen eines und desselben Gerichtes vermieden; eine gleichförmige Anwendung der Gesetze bei verschiedenen Gerichten ist dadurch noch nicht erzielet. Diese kann durch eine authentische, alle Gerichtsbehörden und Staatseinwohner, für welche das Gesetz gegeben ist, verbindende Auslegung des Gesetzes erreichet werden.

Wie bereits erwähnt, steht aber nach §. 8 des b. G. B. nur dem Gesetzgeber die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären.

So lange daher von dem Gesetzgeber selbst keine Erklärung des zweifelhaften Sinnes eines Gesetzes erfolgt, bleibt die Praxis bei Anwendung desselben immer im Schwanken, und die Erfahrung lehrt es, daß oft viele Jahre verfließen, bis dieses Schwanken gehoben wird. Die Obergerichte sind auch nicht geneigt, über Anfragen der untern Behörden solche Anträge auf authentische Gesetzerläuterungen zu stellen, weil sie dadurch den Gesetzgeber zu belästigen, und durch Herbeiführung einer Menge neuer gesetzlicher Anordnungen die wünschenswerthe Einfachheit der Gesetzgebung und jede scientifische Fortbildung der Gesetze zu beeinträchtigen befürchten. Es kommen wohl wirklich in der Praxis auch Anfragen der untern Behörden vor, die sich dieselben bei nur etwas reiferem Nachdenken leicht selbst beantworten können; und daß solche Anfragen hintangewiesen, und die Fragesteller zum eigenen reiferen Nachdenken angewiesen werden, kann gewiß nur gebilligt werden; solche Anfragen würden sich zum Ueberdruße vervielfältigen, wenn denselben immer Gehör geschenkt würde. — Dagegen gibt es manche höchst praktische Materien vorzüglich des bürgerlichen Gesetzbuches, in Ansehung welcher sowohl bei den Praktikern als Theoretikern sehr abweichende Ansichten geltend gemacht werden, und worüber nach jahrelangen, zu keinem befriedigenden

Resultate führenden literarischen Kämpfen die Gesetzgebung selbst noch immer nicht sich ausgesprochen hat [1]).

Uebrigens finde ich gegen den Ausspruch: daß der Gesetzgeber die Macht habe, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären, in so ferne nichts zu bemerken, als diese Verbindlichkeit sich nur auf die künftigen Fälle beschränkt. Denn der Gesetzgeber, in dessen Macht es liegt, ganz neue Gesetze zu geben, und somit auch die früher bestandenen Gesetze aufzuheben, muß wohl auch zu erklären befugt sein, ein bereits bestehendes Gesetz mit der Wirkung zu erklären, daß sich die Staatsbürger in vorkommenden künftigen Fällen darnach zu richten haben. — Aber darauf beschränkt unser bürgerliches Gesetzbuch die rechtliche Wirkung einer von dem Gesetzgeber ausgehenden Erklärung nicht; sondern verfügt ausdrücklich, daß eine solche Erklärung auf alle noch zu entscheidenden Rechtsfälle angewendet werden müsse, wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich beifügt, daß seine Erklärung bei Entscheidung solcher Rechtsfälle, welche die vor der Erklärung unternommenen Handlungen und angesprochenen Rechte zum Gegenstande haben, nicht bezogen werden solle. In dieser Ausdehnung dürfte das Recht Gesetze zu erklären in der Natur der gesetzgebenden Gewalt nicht gegründet sein.

Die §§. 6 und 7 des allg. bürg. Gesetzbuches enthalten ausdrücklich die Vorschriften, wie bei Auslegung eines Gesetzes zu Werke gegangen werden soll. Hat sich nun jemand bei Unternehmung von Handlungen und Eingehung von Rechtsgeschäften, auf welche ein bestimmtes Gesetz Beziehung nimmt, nach diesen Vorschriften benommen, so ist er auch berechtigt zu erwarten und zu verlangen, daß er nach diesen Vorschriften behandelt werde. — Die Beurtheilung aber, ob er sich nach diesen Vorschriften benommen habe, ist keine Funktion des Gesetzgebers, sondern des Richters. Es ist ja der Fall denkbar, daß der Gesetzgeber bei Erlaß eines Gesetzes sich nicht ganz passender Ausdrücke bedient habe, so, daß bei genauer Anwendug der von ihm selbst vorgezeichneten Auslegungsregeln sich ein ganz anderer Sinn aus der betreffenden Gesetzesstelle entwickelt, als er eigentlich hinein legen wollte. Das Gesetzbuch spricht selbst §. 2 die Bestimmung aus, daß man sich in dem Falle mit der Unwissenheit des Gesetzes entschuldigen könne, wenn dasselbe nicht gehörig kundgemacht worden ist. Kann nun wohl aber ein Gesetz, das auf die erwähnte Art und Weise abgefaßt worden ist, als gehörig kundgemacht

---

[1]) In constitutionellen Staaten, wo dem Monarchen das Recht Gesetze zu geben, nicht ausschließend zusteht, ist es auf diesem Wege noch viel schwerer, eine authentische Auslegung des Gesetzes zu erlangen.

angesehen werden? — Der §. 8 b. G. B. setzt selbst voraus, daß solche Fälle vorkommen können, wo der eigentliche Sinn des Gesetzes, den der Gesetzgeber bei seinem Ausspruche vor Augen gehabt hat, aus den von ihm gewählten Ausdrücken nach den gegebenen Auslegungsregeln nicht zu entziffern ist, — denn wie hätte er sich sonst vorbehalten können, seiner Erklärung eines Gesetzes beizufügen, daß selbe bei Entscheidung solcher Rechtsfälle, welche die vor der Erklärung unternommenen Handlungen und angesprochenen Rechte zum Gegenstande haben, nicht bezogen werden solle? — Kann wohl eine Erläuterung eines Gesetzes, welche sich ganz auf die festgestellten Auslegungsregeln fußet, bei Anwendung desselben auf vorkommende frühere Fälle als unverbindlich erklärt werden?

Diese Ansicht, welche ich hier dargelegt habe, lag schon seit längerer Zeit in meiner Seele; ich muß aber aufrichtig gestehen, daß ich an die Richtigkeit meiner Schlußfolgerungen selbst einige Zeit ein Mißtrauen setzte, welches aber dann später durch Aeußerungen eines anderen Schriftstellers gänzlich von mir entfernt wurde. Hier seine Worte:

„Ich bestreite nämlich, daß die authentische Auslegung der gesetzgebenden Staatsgewalt angehört. Ich behaupte vielmehr, daß dieselbe in den Wirkungskreis der richterlichen Gewalt fallen muß. Was heißt ein Gesetz auslegen? Offenbar nichts anderes, als den wahren Sinn des Gesetzes zum Behufe der Anwendung desselben aufsuchen. Wer hat aber das Gesetz anzuwenden? — Der Richter und nur der Richter! Was heißt ferner eine authentische Auslegung der Gesetze? Sie ist die rechtskräftige Feststellung oder rechtsverbindliche Fixirung gesetzlicher Gedanken in Beziehung auf concrete Fälle. Abermals eine Anwendung, die nicht dem Gesetzgeber, sondern dem Richter gebührt [1])!"

Daraus folgt also, daß in Beziehung auf authentische Auslegung der Gesetze, insoferne diese auch auf vorausgegangene Fälle in Anwendung kommen soll, eine oberste, dem ganzen einem und demselben Gesetze unterliegenden Lande vorgesetzte Behörde zu organisiren sei, welche unter was immer für einer passenden Benennung die genaue Befolgung der Gesetze zu überwachen hat, und welche ganz füglich mit dem obersten Gerichtshofe, als letzter Instanz in Streitsachen verbunden sein kann und soll, — denn in diesem vereinigt sich, wie mit allem Grunde anzunehmen ist, nebst der größten Anzahl von Richtern auch die größte Summe richterlicher Kenntnisse und Erfahrungen, welche zur Erforschung des wah-

---

[1]) Siehe Frankreichs Civil- und Kriminal-Verfassung. Kritisch dargestellt von Dr. Ludwig Frey. Mannheim 1842. S. 159.

ren Sinnes der Gesetze, der aus den natürlichen und positiven Auslegungsregeln sich ergibt, nöthig ist.

Dazu gesellt sich folgende Betrachtung. Ist es schon ein Mißstand, wenn die untern Gerichtsbehörden in Anwendung der Gesetze, wo es sich um die Auslegung derselben handelt, schwanken, und heute so und morgen anders entscheiden, so tritt dieser Mißstand in weit grellerem Lichte hervor, wenn ein solches Schwanken auch bei dem obersten Gerichtshofe bemerkbar wird. Darum ist auch in der Verfassung des lombardisch-venetianischen Senates der obersten Justizstelle und eigentlich in der Instruction für dieselbe §. 20 ausdrücklich angeordnet: „Er (der Senat) hat darob zu sein, daß keine entgegengesetzten Beschlüsse und Entscheidungen in den Fällen gleicher Rechtsverhältnisse erlassen werden." — Es ist sohin, wenn diese Vorschrift genau gehandhabt wird (wie und auf was für eine Weise übrigens bei dem Bestande der §§. 8 u. 12 des allg. bürgl. Gesetzbuches die Handhabung derselben zu erzielen sei, ist nicht gesagt), bereits schon im vorhinein in oberster Instanz über alle Rechtsfälle abgesprochen, deren Entscheidung von der Auslegung des fraglichen Gesetzes abhängt, und welche seiner Zeit den oberstrichterlichen Aussprüchen unterzogen werden, ohne daß hievon die Staatsbürger und selbst die unteren Gerichte Kenntniß erhalten, wodurch dieselben sohin auch außer Stande sich befinden, ihre Handlungen und Entscheidungen darnach einrichten zu können; ja, da der oberste Gerichtshof seine Entscheidungsgründe nicht einmal veröffentlicht, so können sich selbst die unteren Gerichte, bei denen die Rechtsstreitigkeiten verhandelt wurden, worüber die auf eine bestimmte Auslegung des Gesetzes sich fußende Entscheidung in oberster Instanz erfolgte, diese Entscheidung in vielen Fällen sich selbst nicht als leitende Norm vorhalten, weil nicht immer als unzweifelhaft angenommen werden kann, daß die oberstrichterliche Entschließung auf der Auslegung des zweifelhaften Gesetzes beruhe.

Zur Begründung der Einheit in der Jurisprudenz und Bildung einer gleichförmigen Auslegung der Gesetze ist in Frankreich eine eigene oberste Behörde, der Cassationshof geschaffen. Ihm stehet aber keine eigentliche Gerichtsbarkeit, nämlich in der Art zu, daß derselbe in letzter Instanz über die Hauptsache selbst zu erkennen hätte — sondern er ist ein über das ganze Territorium Frankreichs in und außer Europa sich erstreckendes Tribunal, das in gewissen, gesetzlich vorgesehenen Fällen rechtskräftige oder letztinstanzliche Urtheile anderer Gerichte oder Gerichtshöfe aufzuheben (zu kassiren) und ohne über die Hauptsache selbst zu erkennen, die Streitsache an ein anderes gleiches Gericht, oder an einen anderen gleichen Gerichtshof zu verweisen hat.

Es entsteht nun die Frage, ob, um auch in Oesterreich eine gleichförmige Anwendung der Gesetze zu erzielen, das Institut des Cassationshofes dahin übertragen werden solle.

Um diese Frage zu beantworten, ist nöthig, Bemerkungen über den eigentlichen Wirkungskreis des Cassationshofes in Frankreich vorauszuschicken. — In Frankreich bestehen eigentlich in Civilrechtssachen nur zwei Instanzen; jedoch nicht für alle Rechtssachen, indem nämlich einige derselben, die unter die geringfügigeren gerechnet werden, schon von der ersten Instanz rechtskräftig entschieden werden, so daß eine Berufung an eine zweite Instanz, welche hierüber zu entscheiden hätte, nicht Platz greift. — Als solche erste Instanzen erscheinen:

a) Die Friedensgerichte, deren Hauptzweck zwar ist, als Vermittler aufzutreten, und zwischen den streitenden Parteien einen Vergleich zu Stande zu bringen, denen jedoch in geringfügigeren Gegenständen selbst eine förmliche Gerichtsbarkeit und zwar in der Art übertragen ist, daß sie nämlich bei einigen derselben nämlich den am mindest bedeutenden ohne Vorbehalt der Appellation, also in erster und letzter Instanz, in den übrigen, ihrem Wirkungskreise anvertrauten Rechtssachen, mit Vorbehalt der Berufung, also nur in erster Instanz entscheiden.

b) Die Handelsgerichte, welche gleichfalls nach der mehren oder minderen Wichtigkeit des Gegenstandes, um den es sich handelt, mit oder ohne Vorbehalt der Appellation entscheiden.

c) Die Tribunale der ersten Instanz. Diese Tribunale sprechen als ordentliche Gerichte über alle, nicht besonders ausgenommenen, und entweder den Friedens- oder den Handelsgerichten zugewiesenen Sachen, theils nur als erste, theils als erste und letzte Instanz. In Ansehung der Berufungen, welche gegen friedensgerichtliche Verträge ergriffen werden, erkennen sie als zweite und letzte Instanz.

Fühlt sich nun Jemand durch ein Urtheil beschwert, welches bereits in letzter Instanz geschöpft erscheint, gegen welches sohin im ordentlichen Wege keine Berufung zuläßig ist, so kann er das Rechtsmittel der Cassation in dem Falle ergreifen, als das Urtheil seinem Inhalte nach, einem ausdrücklichen Gesetze widerspricht. Ein Rekurs an den Cassationshof kann aber nie Platz greifen, wenn ein Gericht die faktischen Verhältnisse des Prozesses einer falschen Würdigung unterworfen oder dieselben verkehrt angewendet hat. Beschwerden dieser Art können nur Berufungen, nie aber Cassationsgesuche begründen.

Sogar das wird als ein bloß faktisches Verhältniß angesehen, wenn das Gericht eine unter kein bestimmtes positives Gesetz zu subsumirende Rechtsfrage, entweder nach der Analogie, oder nach den ältern Gesetzen,

oder nach dem in Frankreich in der Eigenschaft einer raison écrite noch als subsidiäre Rechtsquelle angenommenen römischen Rechte unrichtig entschieden hat. Dagegen greift das Rechtsmittel der Cassation nicht nur in dem Falle Platz, wenn eine offenbare Verletzung eines ausdrücklichen Gesetzes vor sich gegangen ist, sondern auch dann, wenn ein Gesetz unrichtig ausgelegt, ganz übersehen, oder ein Gesetz auf eine Thatsache in Anwendung gebracht worden ist, welches auf selbe nicht hätte in Anwendung gebracht werden sollen. — Die Hauptwirkung einer ausgesprochenen Cassation besteht nun darin, daß das kassirte Urtheil seine Rechtskraft verliert. Es hat aber, wie bereits schon erwähnt worden ist, der Kassationshof nicht zugleich über die Hauptsache zu erkennen, sohin nicht zu bestimmen, was zwischen den Parteien Rechtens sein soll; sondern er hat vielmehr die Hauptsache an ein anderes Gericht, das mit dem, dessen Urtheil kassirt worden ist, im gleichen Range steht, zu verweisen. Dieses hat nun ein neues Urtheil zu fällen.

Obschon nun der Kassationshof seinen Entschließungen immer die Entscheidungsgründe einverleibt, so haben dieselben doch keine verbindliche Kraft. Daher ist auch das Gericht, welches die neue Entscheidung zu fällen hat, an die in den Entscheidungsgründen ausgesprochene Ansicht über die Bedeutung des Gesetzes, welche dem Ausspruche des Kassationshofes zu Grunde liegt, nicht gebunden, sondern kann selbst, wenn es das kassirte Urtheil, und beziehungsweise die demselben zu Grunde liegende Deutung des Gesetzes für richtiger hält, seinen Ausspruch ganz in Konformität des kassirten Erkenntnisses fällen. Indessen sind die Parteien dadurch nicht genöthiget, es bei diesem Ausspruche bewenden zu lassen, sondern sie können wiederholt ein Gesuch um Kassirung auch dieses Erkenntnisses anbringen, der Kassationshof hat nun diese Angelegenheit in neuerliche Berathung zu nehmen, wobei es sich wohl ereignen kann, daß von dem früheren Kassationsspruche abgegangen, und das neuerliche Kassationsgesuch verworfen wird; aber die Erfahrung zeigt, was wohl auch sehr begreiflich ist, und auf die Tüchtigkeit der Männer, die den Kassationshof bilden, ein sehr nachtheiliges Licht werfen würde, wenn es anders wäre, daß dieses nur in höchst seltenen Fällen geschieht. Allein selbst bei der wiederholten Kassation des richterlichen Urtheiles war nach den früheren Gesetzen der Richter, dem der Urtheilsspruch übertragen wurde, nicht genöthigt, der vom Kassationshofe in seinen Entscheidungsgründen eröffneten Deutung des Gesetzes zu huldigen, sondern er konnte auch zum dritten Male gegen die Ansicht des Kassationshofes entscheiden. In diesem Falle müßte jedoch nach dem Gesetze vom 20. Juli 1828 das Gesetz den beiden Kammern zum Behufe einer authentischen Aus-

legung vorgelegt werden. Es ist aus dem Gesagten sehr begreiflich, daß das Institut des Kassationshofes häufigen und heftigen Angriffen ausgesetzt wurde; es wurde daher einer Reorganisirung unterworfen, und es erschien dann am 1. April 1837 ein Gesetz, zufolge welchem dem zweiten Urtheile des Kassationshofes rechtsverbindliche Kraft beigelegt, und so die sämmtlichen Tribunale Frankreichs an seine Jurisdiction im Rechtspunkte gebunden wurden.

Was nun die Anwendung dieser Bestimmungen auf den österreichischen Staat anbelangt, so muß ich vor Allem bemerken, daß ich die Einrichtung, zufolge welcher in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten nicht mehr als 2 Instanzen bestehen, die in der Sache selbst zu entscheiden haben, nicht billigen kann, und es sonach auch nicht wünschenswerth finde, selbe auch nach Oesterreich zu verpflanzen. Der Richter handelt, wenn er eine streitige Rechtsangelegenheit entscheidet, nur als Sachverständiger. Glaubt man sich daher mit dem Ausspruche eines einzigen Richters nicht begnügen zu können und gestattet sohin demjenigen Theile, der sich durch den unterrichterlichen Ausspruch in seinem Rechte gekränkt achtet, die Berufung an einen andern Richter, der das Urtheil des ersten erkennenden Richters einer Prüfung zu unterziehen, und nach seinem Ermessen weiters zu erkennen hat, ob es dabei zu verbleiben, oder ein anderes und welches Erkenntniß zu schöpfen sei, so stehen, wenn dieses letztere geschieht, die Aussprüche zweier Sachverständigen mit sich im Widerspruche. Der höhere Rang, welchen allenfalls dieser zweite Richter in der Gerichtsorganisation einnimmt, kann meines Erachtens keine Beruhigung darüber gewähren, daß das Erkenntniß dieses obern Richters den Forderungen des durch bestimmte positive Gesetze geregelten Rechtes mehr entspricht als das des untern Richters. Es ist also der Natur der Sache vielmehr entsprechend, wenn für den Fall, als das zweite Erkenntniß anders ausfällt, als das erste, noch eine dritte Instanz bestehet, welche darüber entscheidet, ob das Urtheil des ersten oder des zweiten Richters den bestehenden Gesetzen gemäß sei. — Es kann Fälle geben, wo wir uns mit dem Ausspruche Eines Sachverständigen begnügen; wenn aber zwei Sachverständige über eine gewisse Beschaffenheit einer Sache ein Urtheil abgeben, und diese verschiedener Meinung sind, so wird dem Ausspruch des einen kein Uebergewicht vor dem des andern zuerkannt, sondern immerhin ein dritter zugezogen werden, dessen Meinung dann dem Ausspruche des einen oder andern der übrigen zwei Sachverständigen das Uebergewicht verschaffet.

Die von dem k. k. Justizministerium nach den deutschen Rheinländern und Belgien aus Galizien abgeordnete Commission hat in ihrem an ersteres erstatteten, und dem Drucke übergebenen Rechenschaftsberichte §. 32

zwar gleichfalls die Annahmen zweier Instanzen vertheidiget. — Die Gründe hiefür bestehen in Folgendem:

a) Es sei irrig, wenn man annimmt, daß für den Fall des abändernden Urtheiles der zweiten Instanz für die eine so wie für die andere Ansicht eine gleiche Autorität spreche; denn sobald zweite Instanzen bestehen, so muß auch die Zahl ihrer Richter im Verhältnisse zu dem untern Gerichte bedeutender sein; daher auch ihr Ausspruch wenigstens wahrscheinlicher Weise mehr Garantie für die Richtigkeit hat. Dieses wäre insbesonders bei einer solchen Einrichtung der höhern Gerichte der Fall, wo zur Fassung eines abändernden Urtheiles eine solche Anzahl von Stimmen gefordert würde, daß solche auch mit Rücksichtnahme auf die Stimmen der unteren Richter als Mehrzahl erscheint.

b) Könne man auch nicht behaupten, daß der dritte Richter, indem er bei divergirenden Ansichten der untern Gerichte einer dieser Ansichten beitritt, derselben ein Uebergewicht, und in den Augen der Parteien größere Geltung verschaffe, indem Fälle vorkommen können, wo das dritte Gericht weder die Meinung des ersten noch des zweiten Richters theilt, und demnach das Erkenntniß beider abändert, wo sodann die nicht mehr angreifbare Ansicht eines einzigen Gerichtes für die Parteien zum Gesetze wird.

Dagegen erlaube ich mir zu bemerken:

ad a) Daß bei den oberen Gerichten eine größere Anzahl von Richtern bestehe, als bei den untern Instanzen, hat zwar seine Richtigkeit. Allein abgesehen davon, daß nicht alle bei den oberen Gerichten angestellten Richter an der Entscheidung einzelner Fälle Theil nehmen, kann es sich ereignen, daß viele der oberen Richter die Ansichten des unteren Gerichtes theilen, und daher die Abänderung des erstrichterlichen Erkenntnisses nur durch eine geringe Stimmenmehrheit, vielleicht nur durch das Ueberwiegen einer einzelnen Stimme erfolgt, während vielleicht bei dem unteren Gerichte alle Richter derselben Meinung waren. — Diesem Uebelstande würde freilich durch die in Vorschlag gebrachte Einrichtung vorgebeugt, daß zur Fassung eines abändernden Urtheiles eine solche Anzahl von Stimmen gefordert werde, daß solche auch mit Rücksichtnahme auf die Stimme der untern Richter als Mehrzahl erscheint. — Allein in diesem Falle könnte man eigentlich nicht behaupten, daß ein höherer Richter ein Erkenntniß gefällt habe, — sondern es wäre in diesem Falle nur eine indirekte Zuziehung mehrerer Richter vorhanden und der Ausspruch der höhern Instanz würde sich zugleich auch auf die in der ersten Instanz geäußerten Meinungen gründen. Dadurch könnte auch der Mißstand entstehen, daß wenn ganz gleiche Fälle von zweien untern Gerichten bei den obern Gerichten in Gegenwart der ganz gleichen Stimmführer zur Sprache

kämen, selbe doch ganz verschieden entschieden würden. — Es ist wenigstens gegenwärtig allgemein als Regel angenommen, daß alle Stimmführenden bei der Berathung persönlich zugegen sein müssen, und daß ein allenfalls von einem abwesenden abgegebenes Votum nicht zu zählen sei. — Dieses gründet sich sicherlich auf die Betrachtung, daß der Abwesende, wenn er bei der Abstimmung persönlich zugegen gewesen wäre, durch die von dem einen oder andern Stimmführer geäußerte Meinung eine andere Ansicht von der Sache gewonnen haben, und daher von seiner ursprünglichen Meinung abzugehen vermocht worden sein könnte. — Nun würden aber bei einer solchen Stimmenzählung der obern Richter, wie sie hier in Antrag gebracht wird, — die Stimmen Abwesender mit in Rechnung gebracht, ungeachtet es sich leicht denken läßt, daß einige Stimmführer der ersten Instanz, wenn sie persönlich auch als solche bei der höhern Instanz zugezogen worden sein würden und die dort entwickelten Gründe für das Gegentheil mit angehört hätten, von ihrer früheren Meinung abzugehen sich veranlaßt gefunden haben würden.

ad b) Bei Aufrechthaltung des Satzes, daß es gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse (mit allenfälliger Ausnahme eines Cassations-Rekurses) keine Berufung an einen höhern Richter gebe, kann auch der Fall nicht vorkommen, daß der oberste Richter ein Erkenntniß schöpfe, das nicht wenigstens theilweise eine Bestätigung des einen oder andern Urtheiles enthielte. — Setzen wir z. B. A klage gegen den B eine Forderung von **1000** fl. ein; die erste Instanz weise den Kläger ab, die zweite aber erkenne ihm die **1000** fl. zu, — so kann wohl der oberste Gerichtshof allenfalls auf einen Zeugenbeweis erkennen. — Allein in diesem Erkenntnisse liegt doch immerhin eine indirekte Bestätigung des einen, so wie des andern Urtheiles. Der oberste Gerichtshof spricht dadurch seine Geneigtheit aus, das obergerichtliche Urtheil im Falle der Herstellung des Beweises zu bestätigen, und fordert nur, um dieses thun zu können, noch eine nähere Information; er zeigt aber auch dadurch, daß er, wenn der Beweis nicht hergestellt werden sollte, — er das Urtheil der ersten Instanz genehmigen werde. Oder setzen wir den Fall, das erste Gericht weise den Kläger ab, — die zweite Instanz erkenne demselben aber nur **500** fl. zu. Wenn nun auch der oberste Gerichtshof fände, daß nach seiner Ansicht dem Kläger die vollen **1000** fl. zuzusprechen gewesen wären, — so kann er dieses doch nicht thun, weil in Betreff dieser **500** fl. zwei abweisliche Erkenntnisse vorliegen, er müßte sohin in diesem Falle nur das Erkenntniß der zweiten Instanz bestätigen. Nehmen wir aber an, das Obergericht habe dem Kläger die vollen **1000** fl. zuerkannt, der oberste Gerichtshof aber fände, daß demselben nur **500** fl. gebühren, so würde

er hierauf erkennen; — und in diesem Falle würde das Ergebniß zwar ein drittes sein; allein theilweise wäre dadurch das Urtheil der ersten Instanz — in so weit es nämlich die Abweisung des Klägers in Beziehung auf die erstlichen 500 fl. aussprach, — und theilweise das Erkenntniß des obern Gerichtes in Betreff der Zuerkennung der in der Summe von 1000 fl. enthaltenen 500 fl. bestätigt. — In diesem oberstrichterlichen Erkenntnisse muß daher sowohl der Kläger als der Geklagte ein von zweien Instanzen gefälltes gleichförmiges Erkenntniß erblicken.

Dagegen kann ich die in Frankreich bestehende Einrichtung, zufolge welcher sich in geringfügigeren Gegenständen die streitenden Theile mit dem Ausspruche auch nur eines Richters zu begnügen haben, nur billigen; denn in vielen Angelegenheiten des gemeinen Lebens begnügt man sich mit dem Ausspruche eines Sachverständigen. Aber wichtigere Angelegenheiten machen es wünschenswerth, daß sie von mehreren Gerichten beurtheilt werden. Stimmen zwei verschiedene Gerichtsbehörden in ihren Aussprüchen überein, so ist wohl kein Grund vorhanden, auch noch den Ausspruch eines dritten Richters in Anspruch zu nehmen, vielmehr sehe ich einen solchen der Natur eines Richterspruches zuwiderlaufend an. Sind sie aber unter sich uneinig, so halte ich aus den bereits erwähnten Gründen die Zuläßigkeit des Ausspruches eines dritten Richters für unentbehrlich.

Nur in dem Falle, wenn der richterliche Ausspruch, gegen welchen in der Regel keine weitere Berufung zuläßig ist, oder wenn in dem Falle einer weiteren Berufung beide unter sich übereinstimmende richterliche Aussprüche auf eine irrige Auslegung eines Gesetzes sich gründeten, muß der sachfälligen Partei gestattet sein, jenem Gerichtshof, welchem die Ueberwachung der richtigen und gleichförmigen Auslegung der gesetzlichen Vorschriften zu übertragen wäre, um Abhilfe anzurufen.

Dieser Gerichtshof soll aber nach meinem Dafürhalten mit dem obersten Gerichtshofe selbst, welcher eigentlich die Bestimmung hat, bei sich widersprechenden Urtheilen der beiden ersten Instanzen, in letzter Instanz zu erkennen, vereiniget sein. Denn es wäre wohl ein Mißstand, diesem obersten Gerichtshofe noch einen andern vorzusetzen, der das Erkenntniß des obersten Gerichtshofes aus dem Grunde einer von diesem gemachten unrichtigen Auslegung des Gesetzes wieder zernichten könnte. Wohl halte ich es für zweckmäßig, wenn aus diesem obersten Gerichtshofe ein Senat ausgeschieden würde, welchem ausschließend jene Berufungen zur Beurtheilung zugewiesen werden sollen, die wegen vermeintlicher, unrichtiger Auslegung des Gesetzes an selben ergriffen werden, und welcher aus Männern von hoher wissenschaftlicher Bildung, die sich ein gründ-

liches Studium der Gesetze zu ihrer fortwährenden Aufgabe machen, zusammengesetzt werden soll.

Ich mache nun dießfalls folgenden Vorschlag.

1. Hat der erste Richter ein Erkenntniß geschöpft, gegen welches in der Regel keine weitere Berufung mehr Platz greift hat aber dieser dasselbe auf eine Auslegung eines Gesetzes gestützt, welches der sachfälligen Partei als irrig erscheint so hat selbe das Recht dagegen Beschwerde bei dem obersten Gerichtshofe anzubringen, und um Kassirung des Erkenntnisses aus dem Grunde einer irrigen Auslegung des Gesetzes anzusuchen.

Ueber ein solches Gesuch hat nun jener Senat des obersten Gerichtshofes, der nach dem Obengesagten hiezu auserkoren ist, zu berathen. Findet nun derselbe die Auslegung des ersteren Richters richtig, so hat der oberste Gerichtshof dieses Gesuch zu verwerfen. Findet er aber das Kassationsgesuch gegründet, sohin die von dem Richter gemachte Gesetzes-Auslegung unrichtig, so hat er mit motivirter Bekanntgebung des richtigen Sinnes des Gesetzes das richterliche Erkenntniß als null und nichtig aufzuheben und den Richter anzuweisen, auf Grund dieser Erklärung des Gesetzes ein neues Urtheil zu fällen.

2. Ein Gleiches hätte auch dann zu geschehen, wenn gegen das Erkenntniß des ersten Richters eine Berufung an das Appellationsgericht stattfindet, dieses dann das Urtheil des ersten Richters bestätiget; bei dem Erkenntnisse sich aber auf eine, nach Ansicht des sachfällig gewordenen Theiles unrichtige Auslegung eines Gesetzes gestützt hätte. Nur hätte sich hier der oberste Gerichtshof auf Kassirung des letzteren, nämlich des obergerichtlichen Ausspruches zu beschränken.

Diese Verfügung macht aber auch nöthig, daß die Obergerichte auch bei bestätigenden Erkenntnissen ihre Entscheidungsgründe eröffnen.

3. Hat im Falle der Apellation das Appellations Gericht das Urtheil des ersten Richters abgeändert, und sein Erkenntniß auf eine Gesetzesauslegung gestützt, welche dem sachfälligen Theile als irrig erscheint, so steht demselben ohnehin schon nach den gegenwärtig bestehenden Gesetzen der Weg der weiteren Berufung an den obersten Gerichtshof frei. — Es wäre aber auch in dem Falle diese Angelegenheit von dem zur Ueberwachung der richtigen Auslegung der Gesetze bestimmte Senat des obersten Gerichtshofes zu verhandeln; jedoch in keinem Falle eine Kassirung des einen oder des andern Urtheils auszusprechen, sondern entweder das eine oder das andere Urtheil zu bestätigen.

4. In jedem dieser drei Fälle soll dann die von dem obersten Gerichtshofe als richtig anerkannte Auslegung des Gesetzes zur allgemeinen Darnachachtung öffentlich bekannt gemacht werden. Dabei versteht es sich

wohl selbst, daß dem eigentlich gesetzgebenden Körper noch immer frei stehen müsse, das Gesetz auf eine andere Art zu erklären; diese Erklärung wäre aber sonach als ein neues Gesetz anzusehen, welches wohl für die Zukunft verbindlich wäre, aber auf vergangene Fälle keine Anwendung finden kann.

Um so viel als möglich eine verschiedenartige Auslegung eines Gesetzes bei der Anwendung desselben auf vorkommende Fälle hintanzuhalten, hat die französische Gesetzgebung auch noch ein anderes Mittel erfunden. Man ging nämlich von der Ansicht aus, daß eine ungerechte Entscheidung nicht nur die Partei, sondern auch die bürgl. Gesellschaft kränke, weil diese das Recht hat zu verlangen, daß die Gesetze unverletzt erhalten werden. Wenn sohin eine Partei unterläßt gegen ein sie kränkendes Erkenntniß ein Rechtsmittel zu ergreifen, so werde dadurch die Kränkung nicht behoben, welche die Gesellschaft dadurch erlitten hat. — Ist daher die Staatsbehörde, deren Bestimmung es mit sich bringt, für die Aufrechthaltung der Gesetze zu sorgen (Staatsanwaltschaft), welche bei dem Gerichte, das das rechtskräftige Urtheil geschöpft hat, besteht, der Meinung daß ein richterliches Urtheil, welches bereits rechtskräftig geworden ist, die materiellen oder formellen Gesetze verletze, so macht sie hievon dem Generalprokurator am Kassationshofe die Anzeige, der, wenn er die Meinung der Staatsbehörde theilt, das Urtheil dem Kassationshofe vorlegt, und die Verrichtung desselben im Interesse des Gesetzes beantragt. Dieser Antrag kann jedoch nur wegen Verletzung des Gesetzes, nicht aber wegen eines Irrthums des Richters in Würdigung der faktischen Verhältnisse gestellet werden. Das Kassations-Urtheil vernichtet das Urtheil des Instanzrichters nur im Interesse des Gesetzes; es spricht blos Rechtsansichten aus, an welche übrigens die Gerichte nicht gebunden sind. —

Zur Vertheidigung dieser Einrichtung wird angeführt, daß wenn der Kassationshof mit der Elite der Richter besetzt und ihm eine völlig freie, jeder Verwaltung fremde Stellung gegeben wird, seine Erkenntnisse überall Achtung gewinnen und dadurch die so nöthige Einheit der Rechtsansichten aufrecht erhalten; dadurch einerseits eine Masse von Gesetzen erspart, und andererseits die wichtigsten Materialien für den gesetzgebenden Körper geliefert werden, und das öffentliche Ministerium in diesem Kassationsrekurse das wirksamste Mittel finden werde, die ihm übertragene Aufsicht auf die Reinhaltung der Gesetze ohne die geringste Beschränkung der richterlichen Unabhängigkeit auszuüben [1]).

---

[1]) Siehe: Das öffentliche Ministerium in den königl. preußischen Rheinprovinzen S. 23—25.

Dagegen wurde aber bereits von einem österreichischen Schriftsteller bemerkt [1]): „die öffentlichen Anträge des Staatsanwaltes, die er ohne „Partei zu sein, blos zur Belehrung macht, seien eine das Richteramt „verletzende Bevormundung."

„Die Kassationsrekurse im Interesse des Gesetzes stehen mit Denun„ciationen in naher Verwandtschaft. Sie seien ein Flitterwerk, welches „eine wohlgeordnete Justiz verschmähen soll; sind sie aber kein eitles „Spielwerk, sondern bewähren sie sich irgendwo als nothwendig oder „zweckmäßig, so liege hierin der klarste Beweis, daß die Gerichte „schlecht sind."

„Die Kassationen civilgerichtlicher Urtheile im Interesse des Gesetzes „widersprechen geradezu der Natur des bürgerlichen oder Privatrechtes; „denn sind die Parteien mit dem Erkenntnisse zufrieden, was einzig und „allein von ihrem Belieben abhängt, so haben die übrigen Personen der „bürgerlichen Gesellschaft gar kein Recht, sich um ein solches Erkenntniß zu „kümmern, vielweniger es zu beanständen. — Hat aber die Streitsache „zugleich ein öffentliches Interesse, dann muß der Staatsprokurator die„ses Interesse als faktische Thatsachen vertreten, daher als Partei an „der Verhandlung Theil nehmen. Daß die kassirenden Entscheidungen des „Pariser Gerichtshofes einen großen Einfluß auf die Justizpflege aus„üben, sei allerdings eine bekannte Sache; ob aber dazu die Kassations„rekurse im Interesse des Gesetzes wesentlich beitragen, dürfte bezweifelt „werden. Zudem habe diese Sache noch eine andere Seite. Wenn die „Motive, beziehungsweise die Rechtsansichten, welche in den Kassations„urtheilen bekannt gegeben worden, wirklich die so nöthige Einheit in der „Auslegung und Anwendung der Gesetze bei den Untergerichten begrün„den, und eben dadurch eine Menge deklaratorischer Gesetze ersparen, so „haben sie faktisch die Wirkung von Gesetzen, obwol sie gesetzlich für die „Gerichte keine verbindliche Kraft haben sollen. Hieße das nicht einem „bedenklichen, das Selbststudium und den Fortschritt jedes einzelnen Rich„ters lähmenden Gerichtsgebrauche ein offenes Feld öffnen? wie könne „überhaupt von einer Ersparung von Gesetzen gesprochen werden, da doch „die in den Kassationsurtheilen aufgestellten Rechtsansichten die wichtig„sten Materialien für den gesetzgebenden Körper, also für die Erlassung „von Gesetzen darbieten sollen? Hierin stecke ein Widerspruch. — Uebri„gens seien ja doch die deklaratorischen Gesetze für die allerdings sehr „wünschenswerthe Einheit in den Rechtssachen viel wirksamer, als die

---

[1]) Siehe das 2. Heft der von Hrn. Dr. Wessely herausgegebenen Zeitschrift „Themis" (neueste Folge) S. 96—98.

„Motive der Kassationsurtheile, welche nicht verhindern können, daß „noch so manches mit tüchtigen Männern besetzte Gericht seiner bessern „Einsicht folgen, folglich die angehoffte Einheit abermals aufheben könne; „ja der Kassationshof selbst könne zu jeder Zeit eine entgegengesetzte An„sicht aussprechen, was besonders dann leicht stattfinden wird, wenn neue „Mitglieder eintreten. Wenn die Verfügung getroffen wird, daß der „oberste Gerichtshof bei allen seinen Urtheilen die Motive bekannt gibt, „so wird dadurch der Zweck, den solche Motive überhaupt erringen sol„len, so vollständig verwirklichet, daß die in so vieler Beziehung ver„werflichen Kassationsrekurse im Interesse des Gesetzes ganz überflüssig „sind?"

Ich muß gestehen, daß ich diese Einrichtung eines Kassationsrekurses im Interesse des Gesetzes gleichfalls nicht so vortrefflich finde, daß ich die Aufnahme derselben in den österreichischen Staaten für wünschenswerth erkenne. — Mir scheint es sonderbar, eine Kassation eines richterlichen Spruches auszusprechen, der für die Parteien, in deren Angelegenheit der kassirte Richterspruch erfolgte, keine Wirkung hat, und in Beziehung auf welche diese Kassation nur eine Mißkreditirung des Richters zur Folge haben kann, und welche Kassation übrigens auch nicht die Folge nach sich ziehet, daß sich die Richter in künftigen Fällen hienach benehmen müssen.

Sind die Motive von der Art, daß sie in dem Richter selbst die Ueberzeugung von der Richtigkeit des Kassationsausspruches erzeugen, dann ist derselbe wohl in seinem Gewissen verpflichtet, sich in künftigen Fällen darnach zu benehmen. Allein diese Verpflichtung entsteht für ihn auch dann, wenn er aus einer Abhandlung eines einzelnen Rechtsgelehrten die Ueberzeugung gewinnt, daß sein früherer Ausspruch dem Gesetze nicht gemäß sei. — Oder soll der Richter, wenn ihn das Gesetz nicht selbst verpflichtet, bei seinen künftigen richterlichen Erkenntnissen den Ausspruch des Kassationshofes zur Grundlage zu nehmen, sich blos durch das Ansehen dieses Gerichtshofes verleiten lassen dürfen, gegen seine innere Ueberzeugung zu handeln? — Würde er dadurch nicht seinem abgelegten Eide: bei jeder Gelegenheit, da ihm die Ausübung der Gerichtsbarkeit in Civil- und Kriminal-Angelegenheiten anvertraut werden wird, sein Amt nach seiner besten Ueberzeugung zu handeln, gerade entgegentreten?

Daß die Staatsbehörde berufen werde, die genaue Befolgung der Gesetze zu überwachen, und daß sie demnach angewiesen werde, jeden vorkommenden Fall, wo nach ihrer Ansicht eine Entscheidung auf Grundlage einer irrigen Auslegung eines Gesetzes erfolgt, an den Generalpro-

kurator am Kassationshofe die Anzeige hievon zu machen, kann ich aber nur billigen. Diese Anzeige ist eine Denunziation, aber sie betrifft die Sache, nicht die Person. — Findet auch der Generalprokurator, daß die in Anwendung gebrachte Gesetzesauslegung irrig sei, so scheint es mir auch ganz zweckmäßig, daß dann der Kassationshof, dem nach meiner eben geäußerten Ansicht das Recht eingeräumt werden soll, allgemein verbindliche Gesetzerklärungen zu erlassen, von ihm in Kenntniß gesetzt werde. Aber dieses soll nicht in Form eines Kassationsrekurses, sondern in dem einer simplen Anzeige mit Darstellung des Sachverhältnisses geschehen, und der Kassationshof hätte dann in Erwägung zu ziehen, ob die von dem Richter gemachte Gesetzesauslegung wirklich als unrichtig anzusehen, und Gefahr vorhanden sei, daß noch mehrere Richtersprüche auf Grundlage dieser irrigen Gesetzesauslegung vorkommen werden. — Wenn er diese beiden Fragen bejahend zu beantworten findet, hätte er dann mit einer motivirten Gesetzesauslegung hervorzutreten, und selbe zur allgemeinen Norm öffentlich kund zu machen.

Am Schlusse gegenwärtiger Abhandlung kann ich nicht umhin zu bemerken, daß die neueste Verordnung über die Organisation der Gerichte meinem gemachten Vorschlage im Wege stehe, da nicht in allen Fällen der oberste Gerichtshof in letzter Instanz entscheidet, sondern in vielen Fällen die Oberlandesgerichte an dessen Stelle treten. Sollte es daher bei dieser höchsten Anordnung, die bereits mehrfach bemängelt worden ist, und deren Nothwendigkeit oder Nützlichkeit auch ich bisher noch nicht eingesehen gelernt habe, sein Verbleiben haben, so würde ich den Antrag stellen, daß auch gegen die von den Oberlandesgerichten in letzter Instanz gesprochenen Urtheile in denjenigen Fällen, wo eine Partei dafürhält, daß sich die höchste Entscheidung auf eine irrige Auslegung des Gesetzes fuße, derselben das Rechtsmittel des Kassationsrekurses offen stehen solle, in welchem Falle aber freilich der oberste Gerichtshof sich in eine Entscheidung der Sache selbst nicht einzulassen, sondern sich nur auf Kassirung des oberrichterlichen, und für diesen Fall oberstrichterlichen Erkenntnisses zu beschränken hätte.

II.

Einige Worte über die Aufhebung einer Kriminal-Untersuchung aus Mangel an rechtlichen Beweisen.

Unser Untersuchungsprozeß theilt sich in zwei Stadien, nämlich das der Vor- (General-) und der Spezial-Untersuchung. Die erstere ist dahin gerichtet, den Thatbestand der begangenen Uebertretung zu erheben und die Person des Thäters zu erforschen. Ergibt sich nun aus dieser Untersuchung, daß wirklich der Thatbestand eines Verbrechens vorliege, und werden in Folge derselben auch Spuren des Thäters aufgefunden, so wird denselben näher nachgeforscht, und wenn sich dann Thatsachen auffinden, die es wahrscheinlich machen, daß eine bestimmte Person die Uebertretung begangen habe, so wird dann gegen dieselbe die Spezial-Untersuchung eingeleitet, welche in vielen Fällen auch die Verhaftung des Beschuldigten zur Folge hat. Das Ziel dieser Untersuchung ist nun dahin gerichtet, sowohl jene Umstände, welche die Schuld des Untersuchten, als auch jene, welche dessen Schuldlosigkeit auszuweisen vermögen, zu erheben, und in das Klare zu setzen. Gelangt nun der Richter auf diese Art zur rechtlichen Ueberzeugung, daß die Schuld des Untersuchten dargethan sei, so schreitet er zu dem Ausspruche, daß sich der Untersuchte des Verbrechens schuldig gemacht habe; findet er aber, daß er sich von dem gegen ihn entstandenen Verdacht gereiniget habe, so spricht er aus, daß der Beschuldigte von den ihm Schuld gegebenen Verbrechen losgesprochen und schuldlos erkannt werde. In vielen Fällen kann der Richter aber weder in der einen, noch in der andern Beziehung zu einem Resultate gelangen, indem der Untersuchte sich weder von dem gegen ihn entstandenen Verdachtgründen zu reinigen vermochte, noch die von dem Richter erhobenen Umstände einen rechtsgenüglichen Beweis seiner Schuldlosigkeit lieferten. Da aber deßhalb die Beendigung der Untersuchung nicht in eine weite, sehr unsichere Entfernung hinausgerückt werden kann, so wird in dem Falle, als das Kriminalgericht keinen weiteren Anhaltspunkt mehr findet, in der Untersuchung fortzufahren, dasselbe zu dem Ausspruche schreiten, daß die Untersuchung aus Mangel an rechtlichen Beweisen aufgehoben werde, was im Latein durch die Worte **Absolutio ab instantia** bezeichnet wird, und gewiß dem wahren Sachverhalte ganz

entspricht, indem man in einem solchen Falle weder behaupten kann, daß der Untersuchte das Verbrechen wirklich verübt, noch daß man sich von seiner Schuldlosigkeit überzeugt habe.

Dessenungeachtet haben sich in der neuesten Zeit gegen diese **Absolutio ab instantia** oder „Aufhebung der Untersuchung aus Mangel an rechtlichen Beweisen", unter welch letzterer Bezeichnung diese Art der Urtheilsschöpfung insbesondere in dem österreichischen Strafgesetzbuche vorkömmt, bereits schon in Beziehung auf den Inquisitions-Prozeß gewichtige Stimmen erhoben, und dort, wo ein öffentliches Verfahren und Geschwornengerichte bestehen, ist diese Art der Urtheilsfällung fast durchgehends verbannt, und der Geist der Zeit scheint sich überhaupt dahin zu neigen, diese Art der Urtheilsfällung aus der Strafgesetzgebung zu vertilgen.

Diesem zufolge gibt es im öffentlichen Strafverfahren nur zwei Arten der Urtheilssprüche, nämlich, daß der eines Verbrechens Beschuldigte desselben schuldig, oder desselben nicht schuldig sei; der Ausspruch, daß er an dem ihm zur Last gelegten Verbrechen oder Vergehen schuldlos sei, fällt gleichfalls weg.

Indem ich es nun hier unternehme, die Frage, ob es räthlich und erwünscht sei, daß dieser Mittelspruch der **Absolutio ab instantia** aufgehoben werde, einer Beantwortung zu unterziehen, und diese zur öffentlichen Beurtheilung vorzulegen, bemerke ich vorerst, daß ich dabei zuvörderst auf unsern dermalen geltenden Untersuchungsprozeß Rücksicht nehme, und dann erst auf das eigentliche Anklageverfahren übergehe, welches auch gegenwärtig bei uns in Oesterreich in naher Aussicht steht, und sicherlich auch von den ersten österreichischen Juristen in seinen wesentlichen Bestimmungen gewünscht wird.

Zur Vertheidigung der Ansicht, daß über eine abgeführte Untersuchung das Erkenntniß nur dahin zu fällen sei, daß der Beschuldigte des ihm zur Last gelegten Verbrechens schuldig, oder dessen nicht schuldig sei, wird angeführt:

Bei jeder Spezial-Untersuchung ist nur eine bestimmte, als bringend verdächtige Person, welcher man den Beweis ihrer Schuld führen zu können gedenkt, in den Anschuldigungsstand versetzt, und man hat derselben hiemit den Vorwurf gemacht, daß sie ein Verbrechen verübt habe. Sie ist unter die Zahl der angeblichen Verbrecher aufgenommen. Der ihr gemachte Vorwurf der Verübung eines bestimmten Verbrechens soll zur Wahrheit erhoben werden; am Schlusse

der Spezialuntersuchung handelt es sich daher durchaus nicht um die Entscheidung, ob ein dringender Verdacht gegen den Angeschuldigten vorliege, oder ob die Anschuldigung wahrscheinlich gemacht sei? denn es soll weder direkt noch indirekt eine Verdachtsstrafe ausgesprochen werden, weil letztere eben ein offenbares Unrecht enthielte. Die entscheidende Frage ist vielmehr diese, ob die erhobene Anschuldigung rechtlich als wahr zu betrachten, also die Schuld des Angeschuldigten erwiesen sei? Geht nun aber aus der geschlossenen und erschöpften Spezialuntersuchung nur ein, wenn auch selbst dringender Verdacht gegen den Angeschuldigten hervor, spricht also nur der Schein für die Anschuldigung, und ist folglich der gemachte Vorwurf eines Verbrechens nicht zur rechtlichen Wahrheit erhoben worden, so muß dieses nunmehr gerichtlich ausgesprochen, und somit erkannt werden, daß die Bedingungen zur Verurtheilung und Strafanwendung nicht vorhanden seien, wenn anders ein der nicht zu übersehenden Prozeßlage und der Wahrheit gemäßes Urtheil erfolgen soll. So gewiß und unbestreitbar aber Jedermann ein Recht hat, zu verlangen, daß man ihm keinen Vorwurf eines Verbrechens mache, den man ihm nicht zu erweisen im Stande ist; ebenso unleugbar hat auch jeder Beschuldigte ein Recht darauf, daß man die gegen ihn erhobene Anschuldigung, die man ihm nicht zur rechtlichen Wahrheit erheben konnte, wieder zurücknehme, d. h. ihn von der Anschuldigung losspreche. Und so allgemein man es für ein offenbares Unrecht erkennt, wenn Jemand einem Andern den Vorwurf z. B. eines Mordes oder Diebstahls macht, und bei demselben beharrt, ohne ihn erweisen zu können, eben so unrecht ist es, wenn der Staat bei einer Anschuldigung beharren will, und sich gleichwohl selbst zu der förmlichen Erklärung genöthiget fand, daß es ihm an Mitteln gebreche, diese Anschuldigung wahr zu machen. Dieses Unrecht liege nun gerade in der **Absolutio ab instantia**, weil sie den Anschuldigungsstand und alle mit demselben für den Angeschuldigten verbundenen Nachtheile perpetuirt, obgleich die Anschuldigung selbst nicht erwiesen werden konnte.

Unrichtig (wird behauptet) sei es, daß es dem im Untersuchungsprozesse herrschenden Streben nach materieller Wahrheit und nach materiellem Rechte widerspreche, wenn der Strafrichter einen Angeschuldigten, welcher zwar nicht überwiesen, aber nach dem Ergebnisse der Untersuchung dringend verdächtig geblieben ist, durch die völlige Freisprechung ein Unschuldszeugniß ertheilen, und einen Freibrief gegen die Strafe ausstellen wolle, die er aller Wahrscheinlichkeit nach verwirkt hat.

Denn es frage sich vor Allem, wodurch sich das Streben nach materieller Wahrheit und Recht bewähre?

Dieses bewähre sich aber unter Anderem gerade dadurch, daß man nicht auf den Schein, sondern auf die Wirklichkeit bei Fällung eines Strafurtheiles sieht; daß man demnach nur den wirklich und wahrhaft Schuldigen zur verdienten Strafe zieht, dagegen Denjenigen, gegen welchen nur der Schein der Schuld spricht, von der Anschuldigung losspricht, weil, wie tausende von traurigen Beispielen in der Erfahrung schon gezeigt haben, der Schein leicht trügen kann, und weil ein selbst dringender Schein der Schuld doch die wirkliche Unschuld nicht ausschließt, folglich letztere so lange nicht als aufgehoben zu betrachten ist, als kein Beweis, keine rechtliche Gewißheit der Schuld vorliegt.

In diesem Raisonnement dürfte viel Unrichtiges liegen. Es ist zwar allerdings richtig, daß es sich am Schlusse einer Spezialuntersuchung, wenn man den Zweck derselben vor Augen hat, nicht um die Entscheidung handle, ob ein dringender Verdacht gegen den Angeschuldigten vorliege, oder ob die Anschuldigung wahrscheinlich gemacht sei, sondern es sich wirklich eigentlich darum handelt auszusprechen, ob sich der Beschuldigte des Verbrechens wirklich schuldig gemacht habe oder nicht. Hat nun aber der Richter in Erforschung der für die Schuld und für die Nichtschuld des Untersuchten vorgelegenen Umstände nach Möglichkeit Alles erschöpft, und ist es ihm ungeachtet aller angewendeten Bemühungen doch nicht gelungen, zu einer rechtlichen Ueberzeugung von der Schuld oder Schuldlosigkeit des Untersuchten zu gelangen, und sind noch immer Gründe der Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß der Untersuchte das Verbrechen verübt habe, so ist eigentlich der Zweck der Untersuchung nicht erreicht worden, und er spricht sohin durch das Erkenntniß, daß die Untersuchung aus Mangel an rechtlichen Beweisen aufgehoben werde, nur aus, daß durch die Untersuchung kein befriedigendes Resultat erzielt werden konnte. Denn der Zweck der Untersuchung geht nicht blos dahin, den dem Beschuldigten gemachten Vorwurf der Verübung eines bestimmten Verbrechens zur Wahrheit zu erheben, sondern auch ein Ueberzeugung von der Schuldlosigkeit des Untersuchten zu erlangen. Von einer Verdachts-Strafe kann hier wohl keine Rede sein.

Wollte man den Ausspruch, daß die Untersuchung aus Mangel an rechtlichen Beweisen aufgehoben werde, weil in demselben zugleich die Erklärung begriffen ist, daß noch immer Wahrscheinlichkeitsgründe bestehen, daß er das Verbrechen wirklich verübt habe, eine Strafe nennen, so müßte man um so mehr die bloße Versetzung des Beschuldigten in den

Anklagestand als eine solche ansehen, besonders wenn sie mit der Verhaftung des Untersuchten in Verbindung gesetzt wird. Die moralischen, und selbst die durch besondere gesetzliche Anordnungen mit der Absolutio ab instantia verknüpften Folgen können als eine eigentliche Strafe nicht angesehen werden. Ist der Untersuchte, in Ansehung welcher die Untersuchung aus Mangel rechtlicher Beweise aufgehoben worden ist, wirklich schuldig, so hat er wahrlich keinen Grund sich gekränkt zu fühlen, daß ihm die üblen Folgen eines noch immer gegen ihn bestehenden Verdachtes treffen; ist er aber schuldlos, so ist dieses freilich für ihn ein Uebel, das ihn aber eigentlich nicht deßhalb trifft, weil es der Richter gegen ihn verhängt hat, sondern das er den ungünstigen Verhältnissen zuschreiben muß die ihn verhinderten, den Richter von seiner Schuldlosigkeit zu überzeugen

Eine andere Frage ist es aber, ob alle von dem Gesetze mit der Aufhebung einer Untersuchung aus Mangel rechtlicher Beweise verknüpften Folgen sich auch vor dem Richterstuhle der Vernunft rechtfertigen lassen?

Nach den bis gegenwärtig in Oesterreich in Wirksamkeit sich befindlichen Gesetzen, sind mit dieser Aufhebung einer Untersuchung eines wegen eines bestimmten Verbrechens Beschuldigten nachstehende Folgen verbunden:

1. Ist derselbe nach §. 537 des St. G. B. 1. Thl. zum Ersatze der Untersuchungskosten, worunter selbst die Taxe für das Urtheil mit 12 fl. C. M. gehöret, zu verurtheilen, und zwar ganz allgemein und ohne alle Beschränkung.

Ich muß gestehen, daß ich hier dem Ausspruche des Strafgesetzes über schwere Polizeiübertretungen §. 449, obschon dieses Strafgesetz in anderen Beziehungen dem Kriminal-Strafgesetze an legislativem Werthe sicherlich weit nachsteht, in dieser Beziehung den Vorrang einräumen muß, indem sich dasselbe dahin ausspricht, daß in dem Falle, als die Untersuchung nur aus Mangel rechtlicher Beweise aufgehoben wurde, nur dann der Untersuchungsbehörde das Recht zustehe, von dem Untersuchten den Ersatz der Untersuchungskosten zu fordern, wenn er selbst die Veranlassung zur Untersuchung gegeben hat. Denn der Rechtsgrund, aus welchem das Kriminalgericht (oder überhaupt eine Untersuchungsbehörde) von dem in Untersuchung Gestandenen den Ersatz der ihm durch dessen Untersuchung verursachten Kosten rechtlich in Anspruch nehmen kann, ist der Titel der Entschädigung; dieser setzt aber ein auf Seite des zur Entschädigung Verpflichteten vorhandenes Verschulden voraus. Dieses kann aber bei einem ab instantia Absolvirten nicht in dem Verbrechen liegen, dessen er beschuldigt worden ist, weil gerade durch das gegen ihn gefällte Er-

kenntniß ausgesprochen wurde, daß nicht gewiß sei, das er das Verbrechen verübt habe. Um ihn daher mit Recht zum Ersatze dieser Kosten verurtheilen zu können, muß also wenigstens eine andere Handlungsweise gegen ihn erwiesen vorliegen, wodurch er schuldbarer Weise selbst seine Beschuldigung und die darauf gegründete Untersuchung herbeigeführt hat. Setzen wir z. B. A. behauptet eidlich, daß er den B. bei Verübung eines Diebstahles angetroffen hat; B. stellt diese That beharrlich in Abrede, und es kommen in der Untersuchung gar keine Umstände vor, aus denen auf die Unrichtigkeit der eidlichen Behauptung des A., der übrigens auch sonst als ein unbescholtener Mann bekannt ist, geschlossen werden könnte, aber auch keine solchen, welche die eidliche Aussage des A. zur rechtlichen Gewißheit steigerten. Die gegen B. wegen Verbrechens des Diebstahls abgeführte Untersuchung muß sohin aus Mangel an rechtlichen Beweisen aufgehoben werden. Dieser Ausspruch setzt offenbar wenigstens die Möglichkeit voraus, daß sich A. bei seiner Angabe in einem Irrthume befunden, oder aus irgend einem unbekannten Grunde zu einer absichtlich falschen Aussage herbeigelassen habe. Bei dieser Voraussetzung, daß die Angaben des A., die eigentlich die Untersuchung gegen den B. veranlaßt haben, unwahr sein können, finde ich es weder in der Billigkeit noch im Rechte gegründet, den B. zu einer Entschädigung an das Kriminalgericht zu verhalten.

Setzen wir dagegen: Gegen einen Kassabeamten werde wegen Verbrechens der Veruntreuung eine Untersuchung eingeleitet; — dieser stellt die Zueignung der abgängig befundenen Kassebarschaft in Abrede, und gründet seine Vertheidigung selbst auf die Angabe, daß er sich in Aufbewahrung der Gelder öfters unvorsichtig und fahrlässig benommen habe, daher diese abgängigen Gelder von einem Anderen entwendet worden sein konnten; oder es werde Jemand, der sich in einen Raufhandel gemengt hat, rechtlich beschuldigt, Jemanden in diesem schwer verletzt zu haben; oder es wird ein Mensch allein in einem Zimmer angetroffen, dessen Bewohner mit ihm in gar keiner näheren Verbindung stehet, und es kann auch derselbe über die Ursache seiner Anwesenheit keine genügende Aufklärung geben; nun entdeckt bald darauf der Inhaber dieses Zimmers, daß ihm etwas entwendet worden sei. Wenn nun die gegen eine solche Person eingeleitete Untersuchnng kein befriedigendes Resultat liefert, dieselbe daher aus Mangel an rechtlichen Beweisen für aufgehoben erklärt wird, so ist es doch offenbar im Rechte gegründet, daß der Beschuldigte, da Ersterer durch die von ihm selbst geschilderte nachlässige Verwahrung der Amtsgelder, der Zweite dadurch, daß er bei dem Raufhandel, worin Jemand schwer verletzt wurde, Theil genommen hat,

und der Dritte, daß er sich unbefugter Weise in das Zimmer einer fremden Person begeben, und darin aufgehalten hat selbst Veranlassung zu seiner Untersuchung gegeben hat, folglich der dadurch dem Kriminalgerichte verursachte Kostenaufwand in seinem Verschulden gegründet war, auch zur Vergütung desselben verhalten werde.

2. Eine weitere nachtheilige Folge für Denjenigen, dessen Untersuchung blos aus Mangel rechtlicher Beweise aufgehoben wurde, besteht, zufolge der §§. 471—473, darin, daß gegen den Beschuldigten, wenn neue Umstände oder Beweise gegen ihn vorkommen, auch die Untersuchung wieder aufgenommen werden kann. Da jedoch nach §. 474 selbst der wirklich schuldlos Erkannte bei Vorhandensein der gesetzlich vorgezeichneten Bedingungen wieder in Untersuchung gezogen werden kann, die Bedingungen aber in beiden Fällen im Wesentlichen die nämlichen sind, und nur darin ein Hauptunterschied liegt, daß, wenn es sich darum handelt, jemanden, der wegen eines ihm angeschuldeten Verbrechens losgesprochen und schuldlos erkannt worden ist, wegen des nämlichen Verbrechens wieder in Untersuchung zu nehmen, das Kriminalgericht aus eigener Macht zur Vornahme dieser Untersuchung nicht schreiten kann, sondern seinen Beschluß der Einleitung der Untersuchung nach Vorschrift des §. 474, St. G. B. 2. Th. dem Kriminalobergerichte zu unterlegen, und dessen Entscheidung abzuwarten hat, welche Vorsicht bei Wiederaufnahme der Untersuchung wider einen Beschuldigten, in Beziehung auf welchen die Untersuchung nur aus Mangel an rechtlichen Beweisen für aufgehoben erklärt worden ist, nicht vorgeschrieben ist, — und es gewiß nicht mißbilligt werden kann, daß die Gesetzgebung im ersteren Falle nähere Vorsichten angewendet hat, als im letzteren, so dürfte diese hier berührte Folge der Aufhebung einer Untersuchung aus Mangel an rechtlichen Beweisen als eine für den Beschuldigten nachtheilige nicht besonders hervorgehoben werden. Die Frage, ob die Gesetzgebung überhaupt hierin recht handle, wenn sie die Wiederaufnahme der Untersuchung gegen einen Beschuldigten wegen eines Verbrechens zuläßt, in Bezug dessen er über die schon früher abgeführte Untersuchung nicht für schuldig erklärt worden ist (welche Frage ich übrigens im Vorbeigehen gesagt als Regel unter besonderen Modalitäten allerdings bejahend beantworten würde), kann hier in keine Erwägung kommen, da es sich hier lediglich um die Folgen der Losſprechung ab instantia im Gegensatze von der förmlichen Schuldloserklärung handelt.

3. Eine weitere Folge der Absolutio ab instantia ist, daß der Beschuldigte dadurch in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten als bedenklicher Zeuge erscheint, er sohin das Vertrauen des Richters verlieret, welches

ihm geschenkt worden sein würde, wenn er des Verbrechens für ganz schuldlos erklärt worden wäre (§. 143 der allgem., und §. 228 der westgal. G. O.). Hier muß ich gleichfalls bemerken, daß ich den ganz allgemeinen Ausspruch dieser Gesetzesstellen, daß nämlich alle jene Personen, welche wegen eines Verbrechens in Untersuchung verfallen, und nur aus Mangel hinlänglicher Beweise losgesprochen und entlassen worden sind, bedenkliche Zeugen sind, um so weniger billigen könne, als ich in gewissen Fällen selbst überwiesene Verbrecher für unbedenkliche Zeugen erklären würde. Warum soll die Aussage eines Menschen bedenklich sein, welcher z. B. gerade im Zorne darüber, daß ein Anderer eine unwahre Angabe gemacht hat, diesen schwer verletzt hat? Handelt es sich aber um ein solches Verbrechen, dessen Triebfeder gewöhnlich in Gewinnsucht im weitesten Sinne des Wortes gelegen ist, so kann die Anordnung des §. 143 der allgem. G. O. nicht mißbilliget werden.

Der Gesetzgeber muß hier das Privat-Interesse der streitenden Theile ins Auge fassen. Es wäre für die Rechtssicherheit sehr gefährlich, der Aussage zweier Zeugen, die bereits schon wegen eines gegen sie entstandenen dringenden Verdachtes, daß sie einen falschen Eid abgelegt, oder Jemanden auf eine andere Art betrogen, oder ihm etwas gestohlen haben, in Kriminaluntersuchung gezogen worden sind, und sich von dem auf sie lastenden Verdachte nicht gereiniget haben, vollen Glauben zu schenken, und hierauf den Geklagten zu einer Zahlung zu verurtheilen.

4. Eine vierte nachtheilige Folge, die aus der Aufhebung einer Untersuchung aus Mangel rechtlicher Beweise für den Beschuldigten entstehen kann, enthält der §. 455 des St. G. I. Thl. Dieser enthält nämlich folgende Anordnung: „Ueberzeugt sich das Kriminalgericht aus der „Untersuchung, daß die nur aus Abgang rechtlicher Beweise erfolgende „unbedingte Entlassung des Beschuldigten aus dem Gefängnisse oder des „Verurtheilten nach ausgestandener Strafe aus dem Straforte für die öffentliche Sicherheit sehr bedenklich sein würde, so soll es im ersten Falle „vor der Kundmachung des Urtheiles, im zweiten vor Ende der Strafzeit, die Umstände sammt allen Akten dem Obergerichte vorlegen. Das „Obergericht hat die Anzeige an die oberste Justizstelle, diese aber die weitere Anzeige mit ihrem Gutachten an die politische Hofstelle zu machen, „damit von derselben die zweckmäßigen politischen Vorkehrungen getroffen werden."

Abgesehen davon, daß in der Praxis diese Anordnung, so weit sie sich auf Beschuldigte beziehet, die in Folge der **Absolutio ab instantia** aus dem Untersuchungsverhafte entlassen werden müssen, selten in Anwendung kommt, kann wohl eine Vorkehrung nicht als ungerecht oder

unbillig erklärt werden, welche die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit bezwecket, und eigentlich nur eine sorgfältige Ueberwachung Desjenigen, gegen welchen gegründeter Verdacht vorliegt, daß er ein, der öffentlichen Sicherheit gefährliches Individuum sei, zum Zwecke hat.

5. In Beziehung auf öffentliche Beamte kann die Aufhebung der Untersuchung aus Mangel rechtlicher Beweise auch den Verlust ihrer Anstellung nach sich ziehen. Allein da die Entlassung eines Beamten nicht die unausweichliche und unmittelbare Folge des auf Aufhebung der Untersuchung lautenden Urtheiles ist, sondern dießfalls immer eine besondere Berathung vorauszugehen hat, in Folge deren erst der Beschluß gefaßt wird, ob der des Verbrechens Beschuldigte zu entlassen, oder in seiner Anstellung zu belassen sei, so gehört die Erörterung dieses Gegenstandes eigentlich nicht hieher.

Uebrigens kann wohl nicht in Abrede gestellt werden, daß die **Absolutio ab instantia** auch auf die übrigen Lebensverhältnisse des Beschuldigten Einfluß nimmt, indem in vielen Fällen derselbe das Vertrauen seiner Mitbürger verliert. Allein, faßt man den Gegenstand der Frage von diesem Gesichtspunkte auf, so ist vorauszusehen, daß dieser Nachtheil durch die Aufhebung der **Absolutio ab instantia** und der Beschränkung des Urtheilsspruches auf das Erkenntniß der Schuld oder Nichtschuld eines Beschuldigten nicht immer werde hintangehalten werden. — Denn da das Erkenntniß auf Nichtschuld in allen jenen Fällen erfolgen wird, wenn auch noch so dringende Verdachtsgründe gegen den Beschuldigten vorliegen, wenn sich dieselben nur nicht zur rechtlichen Beweisführung gesteigert haben, so enthält der Ausspruch der Nichtschuld im Wesentlichen doch immer nur die Erklärung, es seien gegen den Untersuchten keine rechtlichen Beweise des Verbrechens vorhanden, dessen er beschuldigt wurde, und er sei daher eben wegen Mangel dieser Beweise straflos aus der Untersuchung zu lassen. Es würde daher nur der Name geändert, die Sache bliebe beim Alten. Doch nein — sie bliebe nicht beim Alten, denn da auch über Denjenigen, welcher seine Schuldlosigkeit in der Untersuchung rechtsgenüglich ausgewiesen hat, kein anderes Erkenntniß zu ergehen hätte, als es gegen Denjenigen zu erfolgen hat, gegen welchen noch immer dringende Verdachtsgründe beiliegen, so hätte jener mit diesem gleiches Schicksal zu erdulden, und es würde daher auch seine Freisprechung lediglich als eine solche angesehen werden, welche bloß deßhalb erfolgte, weil ein Beweis des Verbrechens, dessen Verübung er beschuldigt wurde, nicht vorliegt. In der Wesenheit wäre daher die Abschaffung des Erkenntnisses, daß von der eingeleiteten Untersuchung aus Mangel an rechtlichen Beweisen abgestanden wurde, und die Umänderung dieses Erkennt-

nisses in die Erklärung, daß er sich des Verbrechens nicht schuldig gemacht habe, nur eine Aufhebung des Erkenntnisses der Schuldloserklärung. Wenn man nun auch annimmt, und annehmen muß, daß sich unter den nach dem gegenwärtigen Kriminalverfahren blos **ab instantia** absolvirten Verbrechern viele befinden werden, welche wirklich schuldlos sind, so ist durch die Aufhebung des Erkenntnisses auf Aufhebung der Untersuchung wegen Mangel rechtlicher Beweise für sie gar nichts gewonnen; dagegen würden Diejenigen, in Ansehung welcher nach dem gegenwärtig bestehenden Verfahren ein förmliches Schuldlosigkeitsurtheil gefällt worden sein würde, einen empfindlichen Nachtheil erleiden. Ich sehe keinen Grund ein, aus dem es sich rechtfertigen ließe, blos deßhalb, weil Derjenige, gegen welchen nach gepflogener Untersuchung noch immer gewichtige Verdachtsgründe obwalten, daß er sich des Verbrechens wirklich schuldig gemacht habe, doch schuldlos sein kann, auch Denjenigen, welcher seine Schuldlosigkeit nachgewiesen hat, den nachtheiligen Folgen des Verdachtes zu unterziehen, die eine bloße Aufhebung der Untersuchung aus Mangel an rechtlichen Beweisen hervorbringt.

Im öffentlichen Verfahren wird zwar dieser Nachtheil größtentheils beseitiget. — Denn hier, wo dem Publikum, mit Ausnahme weniger Fälle, freier Zutritt zu den Verhandlungen gestattet ist, ist sohin jeder Anwesende in der Lage, sich selbst die Ueberzeugung zu verschaffen, ob derjenige, gegen welchen das Erkenntniß auf Nichtschuld erfolgt, seine Unschuld förmlich nachgewiesen, oder sich wenigstens von den gegen ihn entstandenen Verdachtsgründen ganz gereiniget hat, oder ob gegen ihn noch Verdachtsgründe übrig geblieben seien; und ich erkenne daher auch an, daß sich gegen die Ausmerzung des Ausspruches der Aufhebung einer Untersuchung aus Mangel rechtlicher Beweise im öffentlichen Strafverfahren weniger Gründliches einwenden läßt, als dieses bei dem geheimen Untersuchungsverfahren der Fall ist. — Auch scheint die Beschränkung des Urtheilsspruches auf Schuldig und Nichtschuldig der Natur eines Anklageverfahrens zu entsprechen, indem z. B. auch im Civil-Prozesse der Geklagte, welcher wegen Zahlung einer angeblichen Schuld belangt worden ist, von dieser Zahlung freigesprochen wird, ohne Unterschied, ob derselbe das Nichtbestehen der Schuld ausgewiesen, oder nur Kläger keinen rechtsbeständigen Beweis über das wirkliche Vorhandensein der Schuld geliefert hat.

Allein es waltet hier doch immer ein bedeutender Unterschied zwischen einem Kriminalprozesse und einem Civilprozesse ob. Der Geklagte im Civilprozesse kann sich mit dem richterlichen Ausspruche, daß dem Kla-

gebegehren nicht Statt gegeben werde, begnügen; nicht so der im Kriminalverfahren eines Verbrechens Beschuldigte und sich innerlich schuldlos Fühlende mit dem Ausspruche, daß er nicht schuldig sei, was in der Wesenheit nichts Anderes sagen will, als daß seine Schuld nicht bewiesen sei. Er muß wünschen, daß er vor der Welt als gerechtfertiget erscheine, und kann sich nicht ganz zufrieden stellen, daß diejenigen Personen, welche der Verhandlung beigewohnt haben, sich die Ueberzeugung seiner Schuldlosigkeit verschafft haben. Wenn z. B. zwei eines gemeinschaftlich mit einander verübten Verbrechens angeklagt wurden, von denen der Eine sich von dem Verdachte nicht gereiniget hat, sondern nach vollständig abgeführtem Verfahren als dringend verdächtig darstellet, wo dagegen der Andere seine Schuldlosigkeit befriedigend nachgewiesen hat, muß es diesem nicht empfindlich fallen, wenn in Beziehung auf ihn der nämliche Urtheilsspruch, wie über seinen Mitangeklagten ergehet? Ich sehe wohl ein, daß der Ausdruck „Lossprechung ab instantia," oder Aufhebung der Untersuchung aus Mangel rechtlicher Beweise im Anklageprozesse nicht passend sei, und erkenne den Ausspruch des „nicht schuldig" in Beziehung auf Denjenigen, der sich von dem Verdachte nicht gereiniget hat, keineswegs für unzukömmlich. Nur sehe ich nicht ein, warum man Demjenigen, der sich von dem Verdachte vollkommen gereiniget, oder vielleicht sogar zureichende Gegenbeweise zur Begründung seiner Schuldlosigkeit geliefert hat, die Genugthuung versagen soll, dieses in dem Erkenntnisse durch eine vollkommene Schuldloserklärung erkennen zu geben. Es ist zwar richtig, daß sich unter den blos als nicht schudig Erklärten doch noch immer Viele befinden können, welche wirklich schuldlos sind, und dessen ungeachtet Denen, die wirklich schuldig sind, gegen welche jedoch kein genügender Beweis hergestellt werden konnte, gleichgestellt bleiben. Allein dieses läßt sich nicht ändern, da wir außer Stande sind, den Geschwornen das Innere des Angeklagten aufzuschließen. Diese Schuldlosen müssen es lediglich einem ungünstigen Schicksale zuschreiben, welches ihnen unmöglich machte, die Geschwornen von ihrer Schuldlosigkeit zu überzeugen. Warum sollen aber auch deßhalb Diejenigen, welchen das Schicksal günstiger war, und ihnen die Mittel an die Hand schaffte, die Geschwornen von ihrer Schuldlosigkeit zu überzeugen, die gleiche Behandlung erdulden? Ziehen dadurch die andern Schuldlosen, die sich aber von dem gegen sie entstandenen Verdacht nicht zu reinigen wußten, einen Vortheil?

Ich fände es selbst im Civilprozesse nicht unzukömmlich, wenn in den Urtheilen zwischen dem Falle, wo der Geklagte nur deßhalb von der gegen ihn angesprochenen Leistung freigesprochen wird, weil der Kläger sein

Recht nicht genügend ausweisen konnte, und dem, wo er wirklich nachgewiesen hat, daß dem Kläger das angesprochene Recht nicht gebühre, ein Unterschied gemacht würde. Wirklich suchen auch manche Praktiker in Abfassung des Urtheiles in beiden Fällen einen Unterschied dadurch zu machen, daß sie im ersteren Falle sich lediglich dahin aussprechen, daß der Kläger mit seinem Begehren abgewiesen werde, oder daß die Zuerkennung des angesprochenen Rechtes nicht Statt finde; während sie im letzteren Falle sich dahin aussprechen, daß der Geklagte die geforderte Leistung zu vollziehen nicht schuldig sei. Auch in Beziehung auf die Erkenntniß wegen Vergütung oder der gegenseitigen Aufhebung der Gerichtskosten ist dieser Unterschied, wenn er auch in Formalisirung des Erkenntnisses nicht gemacht wird, von Bedeutung.

Daß nicht gerade nur die zwei Formeln der Urtheilssprechung, nämlich die Schuldig- und die Nichtschuldigerklärung als in der Wesenheit der Geschwornengerichte gegründet, allgemein anerkannt werden beweiset Schottland; und ich halte daher auch die Nachahmung dieses Beispieles aus obigen Gründen mit dem Unterschiede empfehlenswerth, daß ich statt den Ausdrücken „nicht bewiesen" dem „nicht schuldig," und statt dieses Ausdruckes, der in Schottland dann angewendet wird, wenn der Verdacht gegen den Angeklagten entkräftet ist, das „schuldlos" oder „unschuldig" setzen würde. — Derjenige, welcher wegen der gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe in den Anklagestand versetzt worden ist, und sich in dem dießfalls gegen ihn eingeleiteten Verfahren von dem Verdachte nicht gereiniget hat, ohne daß sich jedoch die Geschwornengerichte von seiner Schuld überzeugt haben, kann wohl allerdings fordern, daß er für nicht schuldig erklärt werde; warum aber soll deßhalb Demjenigen, welcher sich von dem Verdachte ganz gereiniget hat, das Recht entzogen werden, die öffentliche Erklärung seiner gänzlichen Schuldlosigkeit in Anspruch zu nehmen?

III.

Einige Bemerkungen zu der vom Herrn Appellationsrathe Lene in Köln herausgegebenen Abhandlung unter dem Titel:

Die Grundlage der Geschwornengerichte in Kriminal-Sachen.

Unter den in dieser Abhandlung gestellten Anträgen kommen unter andern folgende zwei Bestimmungen vor:

Art. 8. Die den Geschwornen vorzulegende Frage soll lauten: Ist der gegenwärtige Angeklagte N. N. schuldig? — Dabei ist das Verbrechen nach dessen gesetzlichem Begriffe zu benennen, mit Angabe des Ortes, der Zeit und der erschwerenden Umstände.

Art. 9. Die Geschwornen geben ihre Erklärung nach Stimmeneinheit ab, und bleiben so lange in ihr Berathungszimmer eingeschlossen, bis sie sich geeiniget haben.

Wäre es nun wohl wünschenswerth, daß diese zwei Bestimmungen auch in die österreichische Gesetzgebung aufgenommen werden?

Nach dem 8. Artikel hat sich also der Ausspruch der Geschwornen nicht auf die Thatfrage zu beschränken, sondern es ist ihnen auch überlassen, die That unter die Bestimmungen des Gesetzes zu subsumiren. Die Subsumirung eines bestimmten Falles unter das Gesetz ist aber der Natur der Sache nach eine eigenthümliche Funktion des Richters, dem allein vermög seiner theoretischen und praktischen Vorbildung eine genaue Bekanntschaft mit den bestehenden Gesetzen, und zwar nicht nach ihrem Wortlaute, sondern auch nach ihrem Geiste zugestanden werden kann. Wie läßt es sich nun rechtfertigen, daß Geschworne, die sich vielleicht in ihrem ganzen Leben nicht einmal mit Durchlesung des Strafgesetzes, und der sich darauf beziehenden Erläuterungen befaßt, und noch weniger sich Mühe gegeben haben, in den geistigen Sinn derselben einzudringen, über die Anwendung der Gesetze auf einen bestimmten Fall erkennen sollen?

In vorerwähnter Abhandlung wird zur Begründung des erwähnten Artikels Folgendes angeführt:

„Das Schuldig schließt das Ueberweisen ein, und wer nicht überwiesen ist, kann auch nicht für schuldig erkannt werden; umgekehrt kann „aber Jemand sehr wohl einer That überwiesen und sogar geständig sein,

„ohne daß er darum schuldig vor dem Gesetze ist. Hierin liegt der „Unterschied zwischen dem Gericht der Mitbürger und dem der königlichen „Richter. Die letztern sind dergestalt an das positive Gesetz gebunden, daß „keine Billigkeit, keine Menschlichkeit, keine Ueberzeugung von der Unver= „nunft des Gesetzes sie von der strengen Anwendung desselben abhalten darf.

„Wenn dagegen die Mitbürger die That des Angeschuldigten beur= „theilen, so erklären sie allerdings mit ihrem Schuldig auch, daß das „positive Gesetz übertreten sei. Was aber noch mehr darin liegt, das ist „das Urtheil, daß die Strafe verdient sei, und das ist etwas mehr, „als die faktische Gewißheit, es ist ein moralisches Urtheil, daher das „Geschwornengericht in seiner edelsten Bedeutung in seiner Eigenschaft als „Strafgericht, zugleich auch ein Ehren= und Sittengericht des Volkes ist. „Auf der andern Seite soll der Geschworne die vorliegende menschliche „Handlung auch menschlich beurtheilen, und sich in die Denkart, Erzie= „hung und ganze Persönlichkeit des Angeklagten und der Umstände hin= „ein denken, unter denen er handelte. Charakter und Umstände bestimmen „den moralischen Werth oder Unwerth einer Handlung und wenn zwar „der Buchstabe des geschriebenen Gesetzes, nicht aber das im Herzen des „Volkes lebende Gefühl der Ehre und Sitte verletzt ist, wenn die mora= „lische Verschuldung desselben, nach menschlichem Mitgefühl beurtheilet, „auf Null herabgesunken ist, alsdann sind die Geschwornen zu einer Frei= „sprechung ermächtigt, wo das Kriminalgericht hätte verurtheilen müssen. „Sie sagen dann, der Angeklagte ist allerdings überwiesen, aber vor „dem Gesetze ist er nicht strafbar.

Soll wohl dieses Raisonnement zur Ueberzeugung führen, daß es der Handhabung der Gerechtigkeit (und diese ist ja doch das Ziel jedes richterlichen Ausspruches) mehr förderlich sei, wenn der Ausspruch der Geschwornen nicht auf die Thatfrage beschränkt, sondern auch auf das Erkenntniß ausgedehnt wird, ob sich der Beschuldigte eines bestimmten Verbrechens schuldig gemacht habe oder nicht?

Aus den, bei einer andern Gelegenheit in der erwähnten Abhand= lung geäußerten Ansichten des Herrn Verfassers sollte man glauben, daß es ihm nur um die genaue Handhabung der Gesetze zu thun sei, und selbst aus dem Eingange der obena ufgeführtenBegründung sollte man dieses vermuthen, wo nämlich gesagt wird, daß jemand einer That über= wiesen und selbst geständig sein könne, ohne daß er dadurch auch schul= dig vor dem Gesetze ist. Allein gleich darauf wird der Vorzug des Urtheils der Geschwornen vor dem der verpflichteten ordentlichen Krimi= nalrichter darin gefunden, daß sich die ersteren nicht strenge an die Vor= schriften der Gesetze binden, sondern sich in manchen Fällen über dasselbe

hinaussetzen werden. Nun aber glaube ich, daß eine gute Justizpflege nur dort vorhanden ist, wo die Richter sich bei ihrem Ausspruche genau an das bestehende Gesetz halten, wobei natürlich vorausgesetzt wird, daß sie sich nicht von dem Buchstaben desselben allein beherrschen lassen, sondern auch den geistigen Sinn desselben beachten. Die Ermächtigung eines Richters aber sich über das Gesetz zu stellen, und blos deßhalb, weil es ihm in der Anwendung auf einen bestimmten Fall unbillig oder selbst vernunftwidrig scheint, von der Befolgung desselben abzuweichen, wäre diesem zu Folge als ein Rückschritt in der Justizpflege anzusehen, und ein Rückschreiten in der Justizpflege wird doch nirgends gewünscht. Gerade bei konstitutionellen Verfassungen erscheint eine solche Ermächtigung Derjenigen, die über die Schuld oder Nichtschuld eines Beschuldigten zu urtheilen haben, um so auffallender unzukömmlich, als hier die Gesetze gemeinschaftlich mit dem Monarchen von dem Willen des gesammten Volkes ausgehen, welches durch die bei dem Reichstage versammelten Abgeordneten repräsentirt wird. Soll sich wohl die Gesammtheit des durch die Abgeordneten am Reichstage repräsentirenden Volkes mit dem Regenten dem Urtheile der zwölf oder auch nur acht Geschwornen darüber unterwerfen, ob sie nicht ein unvernünftiges Gesetz beschlossen haben? Sehr befremdend war es mir, daß auch ein österreichischer Jurist sich in einer Kritik des ersten österr. Entwurfes eines provis. Strafverfahrens dahin äußerte. — „Darin liegt eben der Werth des Schwurgerichtes vor dem der gesetzkundigen „Richter, daß während dieselben in solchen zweifelhaften Fällen nach dem „strengen Worte des Gesetzes den verdammenden Ausspruch fällen müssen, „die Geschwornen sich über das Gesetz stellen, und den Angeklagten, „der nach ihrer Ueberzeugung durch eine gewisse Handlung kein Verbre„chen begangen hat, freisprechen können." —

Uebrigens kann ich diese Begründung des Ausspruches des 8ten Artikels mit den Worten desselben selbst nicht in Einklang bringen. Denn nach diesen soll sich der Geschworne bei der Beantwortung der Frage, ob der Angeklagte des ihm angeschuldeten Verbrechens schuldig sei, den gesetzlichen Begriff desselben vor Augen halten. Thut er nun dieses und findet er, daß sich derselbe nach dem gesetzlichen Begriffe allerdings des Verbrechens schuldig gemacht habe; erklärt er ihn aber dessen ungeachtet für nicht schuldig, weil er findet, daß nach seiner Meinung das Gesetz, auf den vorliegenden Fall angewendet, zu strenge ist, oder weil ihm das Gesetz in seinen Augen als unvernünftig erscheint, so handelt er seinem Eide entgegen; erklärt er ihn aber deßhalb für nicht schuldig, weil er das Gesetz selbst nicht kennt, das die verübte That als Verbrechen erkläret, oder weil er das Gesetz unrichtig auslegt, so ist zwar sein Gewissen gerettet,

allein kann hier ein Vorzug der Geschwornen vor den ordentlich bestellten Richtern gefunden werden? Ein solcher Fall kann sich aber bei der Menge nachträglich zu dem Strafgesetze erschienener Verordnungen und Erläuterungen des Gesetzes oft ergeben. Ich könnte hier wohl mehrere Fälle beispielweise anführen, wo es sich leicht ereignen kann, daß die mit den Gesetzen nicht genau vertrauten Geschwornen aus Mangel der Kenntnisse der nachträglich zu dem Strafgesetze erschienenen Verordnungen zu einer irrigen Beurtheilung des Falles unter ein bestehendes Gesetz verleitet werden können. Um aber meine Abhandlung nicht über die Gebühr auszudehnen, will ich mich auf ein einziges beschränken. Setzen wir z. B., es komme der Fall vor, daß Jemand eines verübten Betruges über 25 fl. beschuldigt werde, und die Geschwornen denselben auch dieser That rechtlich überwiesen finden; allein da dieser Betrug an zwei Personen und zu verschiedenen Zeiten verübt wurde, so können die Geschwornen, welche sich nur das Strafgesetz selbst vor Augen halten, und dabei die durch das Hofd. von 11. Mai 1816 J. G. S. Nr. 1243 nachträglich erflossene Erläuterung übersehen, leicht dazu kommen den Beschuldigten des V e r b r e c h e n s des Betruges für nicht schuldig zu erklären, weil sich jeder einzelne betrügliche Act, durch welchen nur ein Schade unter 25 fl. verursacht wurde, nur als eine schwere Polizei-Uebertretung darstellet, und in dem Hauptstücke v o n d e m B e t r u g e eine gleiche Anordnung, wie im §. 153 bei dem Diebstahle, wo ausdrücklich von mehreren Angriffen die Rede ist, nicht vorkömmt.

So wie aber die Geschwornen, eben wegen Mangel der nöthigen Gesetzeskenntnisse dahin gerathen können, einen vor dem Gesetze wirklichen Schuldigen für nicht schuldig zu erklären, so können sie eben so leicht dahin gerathen, einen Angeklagten wegen einer That als Verbrecher zu erklären, welcher vor dem Gesetze als kein Verbrecher erklärt ist. Ein solcher Fall ist vor mehreren Jahren selbst bei geprüften Richtern auf dem Lande vorgekommen, um wie leichter kann er sich bei Geschwornen ereignen. Der Fall war nämlich folgender: Mehrere Arbeiter haben bei Abbrechung einer Mauer viele alte Münzen verborgen gefunden, welche sie sich zueigneten. Da nun der §. 180 St. G. B. I. Thl. lit c. die Zueignung gefundener Sachen als Betrug erkläret und der Betrag der zugeeigneten Münzen den Werth von 25 fl. überstieg, wurden selbe wegen Verbrechen des Betruges zur Strafe verurtheilet, wogegen die Verurtheilten keinen Rekurs ergriffen haben. Die Ursache dieses Mißgriffes war, weil sowol dem Richter als den Verurtheilten, die durch das Hofd. vom 12. October 1821 J. G. S. Nr. 1810 erfolgte Erläuterung, zufolge welcher die Verheimlichung eines Schatzes nicht als das an den §. 180 lit C.

des St. G. B. I. Thl. bezeichnete Verbrechen des Betruges angesehen werden kann, sondern dieser Gegenstand blos nach den dießfalls bestehenden politischen Vorschriften zu behandeln, und der Verhehler eines solchen Schatzes nach Maßgabe des §. 400 des a. b. G. B. zu bestrafen ist, unbekannt blieb. Die Unbekanntschaft der Richter mit dieser gesetzlichen Erläuterung rührte aber daher, weil das Hofdekret, durch welches diese Erläuterung erfolgte, nur an das böhm. App. Gericht ergangen ist, und sohin erst später durch die Aufnahme desselben in die offizielle Justizgesetz-Sammlung eigentliche und allgemeine Gesetzeskraft erhielt; die Richter aber sich nicht im Besitze dieser Gesetzsammlung befanden, deren Anschaffung ihnen zu kostspielig war. Was diesen speziellen Fall anbelangt, so ist zwar keine Gefahr vorhanden, daß er im öffentlichen Verfahren, wo nämlich wenigstens nach den bisher erschienenen Gesetzes-Entwürfen über die Versetzung in den Anklagestand ein Kollegium rechtskundiger Richter zu erkennen hat, vorkommen werde; aber andere dergleichen ähnliche Fälle können sich ergeben.

Diesem Uebelstande suchen mehrere Gesetzgebungen zwar dadurch vorzubeugen, daß sie den Präsidenten anweisen, den Geschwornen die nöthigen Gesetzes-Erläuterungen zu ertheilen; soll es aber nicht mehrere Beruhigung gewähren, wenn einem ganzen Collegium geprüfter Richter es überlassen wird, über den eigentlichen Verstand der Gesetze, und die Anwendung derselben auf vorliegenden Fall zu entscheiden?

Wenn den Geschwornen die Entscheidung überlassen werden sollte, ob sich der Beschuldigte eines Verbrechens, welcher Gattung und mit welchen erschwerrenden Umständen verbunden schuldig gemacht habe, so sehe ich wirklich nicht ein, warum denselben nicht auch die Strafbestimmung überlassen, und sohin die Ausübung des Richteramtes in seinem vollen Umfange anvertraut werden solle. — Denn ist einmal festgesetzt welches Verbrechens sich der Angeklagte schuldig gemacht hat, und unter welchen erschwerenden Umständen dasselbe verübt worden ist, dann unterliegt es wohl in den wenigsten Fällen auch nur einiger Schwierigkeit zu bestimmen, welche Strafe von dem Gesetze auf das fragliche Verbrechen verhängt ist. Was aber die Bestimmung der Strafe innerhalb des von dem Gesetze als mindeste und höchste Stufe bestimmten Ausmaßes freigelassenen Raumes anbelangt, so ist der Richter ohnehin hier in keine engen Schranken eingezwängt. Das Gesetz zeichnet zwar im Allgemeinen die erschwerenden und mildernden Umstände vor, und will, daß nachdem die einen oder die andern überwiegender sind, die Strafe sich entweder der höchsten oder niedersten Stufe annähern soll. Die Wage aber, deren sich der Richter hiezu bedient, ist sein inneres Menschengefühl und gerade in diesem Punkte hat er vor den Geschwornen nichts voraus. —

Durch eine Verfügung, wodurch auch den Geschwornen die Bemessung der Strafe überlassen würde, würde selbst zum Theile die Gefahr beseitiget werden, daß sie nicht aus einem unzeitigen Mitleid und übertriebenen Menschengefühl den Angeklagten, den sie in ihrem Innern wirklich als einen Verbrecher anerkennen, und selbst, obschon im geringeren Grade strafwürdig finden, als nicht schuldig erklären, aus Furcht, daß gegen ihn die volle Strenge des Gesetzes werde in Anwendung gebracht, und die für ihn sprechenden Milderungsgründe zu wenig oder gar nicht werden gewürdiget werden.

Es läßt sich zwar nicht in Abrede stellen, daß sich Fälle ergeben können, wo selbst der mindeste Grad der vor dem Gesetze auf das Verbrechen festgesetzten Strafe sich in Beziehung auf die individuelle That als zu strenge darstellet, ja, es können selbst in dem Falle als der objektive Thatbestand des Verbrechens ganz außer Zweifel gestellt ist, Verhältnisse eintreten, welche die Zurechnung der That als Verbrechen ganz ausschließen; allein für diese letzteren Fälle hat das österreichische Kriminal-Gesetz im §. 2. selbst Rücksicht genommen, und es wird daher auch in solchen Fällen der Richter den Thäter eines solchen Verbrechens nicht schuldig erkennen. Aber auch in den ersteren erwähnten Fällen hat das Gesetz Vorsorge getroffen, daß der Thäter in Berücksichtigung der für ihn sprechenden mildernden Umstände mit einer gelinderen Strafe belegt werde, als eigentlich vor dem Gesetze selbst auf das Verbrechen festgesetzt ist. Denn es hat schon bei dem minder verpönten Verbrechen den ersten Instanzen die Macht eingeräumt, bei Vorhandensein besonders mildernder Umstände sogar unter das geringste Ausmaß der gesetzlichen Strafe herabzugehen und bei mit schwererer Strafe belegten Verbrechen ist dem Obergerichte, jedoch unter bestimmten Beschränkungen ein solches Milderungsrecht eingeräumt. Der oberste Gerichtshof ist aber in dieser Beziehung gar keiner Beschränkung unterworfen, mit alleiniger Ausnahme der gesetzlich verwirkten Todesstrafe, in welchem Falle sich der Landesfürst ausschließend ein Begnadigungsrecht vorbehalten hat. Es sind auch wirklich Fälle vorgekommen, wo die gesetzlich verwirkte Todesstrafe in schweren einjährigen Kerker und vielleicht auch noch darunter umgeändert worden ist. Ueberhaupt darf man annehmen, daß der Richter von dem ihm eingeräumten Milderungsrechte eher einen übermässigen, als zu geringen Gebrauch machen wird und so viel dem Verfasser aus zuverlässigen Mittheilungen bekannt wurde, hat sich das Kriminal-Obergericht für die Provinz Oesterreich ob und unter der Enns weit öfter dem Vorwurfe einer zu großen Milde, als dem einer übertriebenen Strenge ausgesetzt. — Auch der Richter theilt mit den Geschwornen die Eigenschaft als Mensch und Bür-

ger, nicht aber auch der Geschworne mit ihm die Eigenschaft eines in Anwendung der gesetzlichen Vorschriften Sachverständigen. Nur bei jenem kann daher mit Beruhigung vorausgesetzt werden, daß in den vorkommenden Fällen das Gesetz genau gehandhabt werde, ohne dabei befürchten zu müssen, daß von ihm die in Frage stehende menschliche Handlung nicht auch menschlich beurtheilet werde, und die Denkart, Erziehung und Persönlichkeit des Angeklagten und andere derlei Umstände unberücksichtiget bleiben. Es muß nur dafür gesorgt werden, daß das dem Richter nach den gegenwärtigen Gesetzen eingeräumte Milderungsrecht, unter Modifikationen, welche die Umänderung des ganzen Strafverfahrens erfordert, aufrecht erhalten werde. —

Was den neunten Artikel des Gesetzentwurfes anbelangt, so wird derselbe von dem Herrn Verfasser der Eingangs erwähnten Abhandlung mit folgenden Bemerkungen unterstützet:

„Wenn ein Theil die Wirklichkeit einer Thatsache oder eines Umstan- „des behauptet, ein anderer sie bestreitet, so ist keine Wahrheit, sondern „nur Wahrscheinlichkeit vorhanden, die ihre Grade hat, welche sich berech- „nen lassen. Wenn von **12** Menschen, **8**, **9** und **10** die Wirklichkeit einer „Thatsache annehmen, die übrigen sie bezweifeln, so hat die Erklärung jener „nicht den Charakter der Wahrheit, sondern nur den der Wahrschein- „lichkeit. Mit Einstimmigkeit allein hat eine Erklärung die „Kennzeichen der Wahrheit in sich, und kann die der Untrüg- „lichkeit gebührende Achtung für sich in Anspruch nehmen. Entweder also „fordert der Gesetzgeber Wahrheit und Gewißheit von den Geschwornen, „und dann muß ihre Erklärung einstimmig abgegeben worden sein, oder „er will sich mit Wahrscheinlichkeit begnügen, dann ist Stimmenmehrheit „allerdings genügend. Eben so ist es mit der rechtlichen Beurtheilung. „Die Idee des Rechtes hat nicht ihre höchste Quelle im Gesetze „und ist nicht aus demselben abzuleiten, sie hat eine tiefere Grundlage, „bestehend in den Sitten, der Denkart und der Religion des „Volkes. Was recht und gut ist, läßt sich nicht aus Formellem ableiten, „sondern bestimmt sich aus der allgemeinen Meinung der Mitbürger, aus „dem Denken und Handeln der Besten.

„Daher sollen die Aussprüche der Geschwornen nicht blos überein- „stimmend mit der öffentlichen Meinung, sondern ganz der treue Ausdruck „derselben sein. Ebenso wie bei Thatsächlichem, gibt auch bei der rechtli- „chen Beurtheilung nur die Einstimmigkeit der Erklärung den Charakter „der Gerechtigkeit; Stimmenmehrheit aber nur Wahrscheinlichkeit mit dem

„Zweifel, ob die Geschwornen wirklich in ihrem Urtheile durch die im Volke „herrschende Rechtsidee geleitet sind, wie sie aus seiner Sitte, Denkungs„art und Religion sich gestaltet. Solche Zweifel erschüttern das Vertrauen „des Volkes. Die Stärke des Vertrauens, das Gefühl der Sicherheit unter „dem Schutze seiner Mitbürger, die innere Ueberzeugung von dem Wal„ten der Gerechtigkeit im Lande hängt wieder sehr von der inneren Ein„richtung des Geschwornengerichtes ab. Augenscheinlicher kann die Ge„rechtigkeit, und fühlbarer die Ueberzeugung von der Wahrheit des Vor„theils dem ganzen Volke nicht gemacht werden, als wenn zwölf ehren„hafte Männer einstimmig dasselbe erklären. Wenn nach der französischen „Pr. Ordnung vom Jahre 1808 der Angeklagte mit 7 Stimmen gegen „fünf für schuldig erklärt war, so mußten die fünf Richter des Assisenhofes „als Geschworne mitstimmen, ihre Stimmen wurden denen der Geschwor„nen beigezählt und die Majorität entschied. Dadurch kam das seltsame „Resultat zum Vorschein, daß ein Geklagter, zu dessen Verurtheilung sie„ben Geschworne gegen fünf nicht genügten, durch die Stimmen von „zwei Räthen verurtheilt wurde, während drei für seine Freisprechung „stimmten.

„Einstimmigkeit muß bei Freisprechungen eben so vorhanden sein, „wie bei Verurtheilungen. Wollte man sie für Freisprechungen nicht ver„langen, so würde der Fall vorkommen, daß eilf Geschworne, welche für „die Verurtheilung stimmen, den Beitritt des zwölften nicht erwarten; son„dern die Berathung abbrechen, und unter dem Vorwande, daß man sich „über die Verurtheilung nicht habe vereinigen können, die Freisprechung „verkünden. Die Geschwornen müssen zur Einstimmigkeit durch Einsper„rung und nöthigen Falls durch Entbehrung gezwungen werden.

„Hierin scheint ein Gewissenszwang zu liegen, der mit der Freiheit „und Selbstständigkeit der Ueberzeugung nicht vereinbar ist, was beson„ders von Mitgliedern der französischen Legislation und französischen „Schriftstellern geltend gemacht worden ist. Allein es scheint nur so. In „England und Amerika findet man die Stimmenmehrheit in der Natur „der Sache gegründet, und geboten durch Vernunft und Recht und die „öffentliche Meinung im Volke ist sehr entschieden dafür. — Sie ergibt „sich bei der Berathung gewöhnlich mit einer solchen Leichtigkeit und Si„cherheit, daß die Geschwornen meistentheils gar nicht in ihr Berathungs„zimmer gehen, sondern im Sitzungssaale selbst zusammentreten, leise be„rathen und nach wenigen Minuten ihren Beschluß gefaßt haben. Denn „in den meisten Fällen ist sie in der Wirklichkeit ungesucht da, und nur „in wenigen wird sie künstlich durch den Beitritt der dissentirenden Min„derzahl hervorgebracht. Man kann daher mit Grund vermuthen, daß

„die Ausführung auch in Deutschland mit eben derselben Leichtigkeit sich „machen wird, wenn das Volk daran gewöhnt ist, und daß auch im An„fange solche Schwierigkeiten nicht zu überwinden sein werden, welche eine „bloß theoretische Betrachtung zu ergeben scheint.

„In gesetzgebenden Versammlungen wird der Beschluß der Majorität „als der einstimmige Wille dieser Versammlung und dadurch des ganzen „Volkes angesehen, und die dissentirende Mitgliedern führen diese Beschlüsse „in allen ihren nothwendigen Folgerungen, seien diese Handlungen, oder „wahre Beschlüsse, so aus, als wenn sie selbst beigestimmt hätten. Die„ses ist kein Gewissenszwang, sondern freie Unterwerfung der einzelnen „unter den Gesammtwillen. Wenn das Gesetz zur Verurtheilung zehn „Stimmen erfordert, so wird die Erklärung des „Schuldig" nicht als Ma„joritätsbeschluß angesehen, sondern als gemeinschaftlicher Beschluß der „Zwölf, und die zwei Dissentirenden, in deren, wie aller anderen Namen „die Erklärung eröffnet wird, bezeugen durch ihre Gegenwart, daß es ihr „Beschluß sei, der hier verkündet wird. Wenn diese Beiden nun schon im „Berathungszimmer zum Beitritt gezwungen werden, so hat dieses nicht „den Sinn, daß sie ihr Gewissen verletzen, und gegen ihre Ueberzeugung „abstimmen sollen, sondern man verlangt ihre Unterwerfung unter den „Willen der Mehrheit, d. h. Zustimmung zur Eröffnung desselben als „als einstimmig angenommen. Wenn in einem Civilprozesse von sieben „Richtern drei für Abweisung des Klägers stimmen, drei für Verurthei„lung des Geklagten unter Abweisung seiner Garantieklage, so ist keine „Majorität da, also auch keine Entscheidung. Also muß der in der Mino„rität bleibende Richter nach Art. 117 und 467 der französischen Civil„Gerichtsordnung sich mit einer der beiden andern Meinungen vereinigen, „damit eine Majorität zusammenkomme.

„Wenn dieses kein Gewissenszwang ist, so ist es noch weniger die „Vereinigung der Minorität der Geschwornen mit der Majorität. Am „Ende liegt es freilich in dem Bereiche der Möglichkeiten, daß ein star„rer und eigensinniger Geschworner durch seine Ausdauer die übrigen „zwingt, seiner Meinung sich anzuschließen. Dieses soll wirklich in England „einmal vorgekommen sein, wo über eine Anklage wegen Mordes eilf Ge„schworne den Angeklagten verurtheilen wollten, der zwölfte sich aber „standhaft widersetzte, weil er selbst der Mörder war, und keinen Unschul„digen verurtheilen wollte. Mit dem Verlangen der Einstimmigkeit kann „der Unschuldige gerettet werden, aber Majoritäten behalten dann den „schrecklichen Verdacht auf sich, daß unter der großen Anzahl Verurthei„lungen (welche sie allerdings leisten) auch Unschuldige getroffen sind. „Besser aber, es entkomme zuweilen ein Schuldiger, als daß auch Unschul-

„dige verurtheilt werden. — Die Einstimmigkeit enthält ein festes Prin„zip in sich, das jeder Art den Majoritäten fehlt." —

Daß Einstimmigkeit der Geschwornen in Beantwortung der Frage ob der Angeklagte die That, deren Verübung er beschuldigt werde, auch wirklich unternommen habe, mehr Beruhigung gewähret, als wenn dießfalls nur Stimmenmehrheit vorhanden ist, kann wohl nicht bezweifelt werden. Doch muß diese Stimmeneinheit eine wirkliche, materielle und nicht bloß formelle sein. Erstere ist sie aber nur dann, wenn die Stimme jedes Geschwornen auf seiner innern Ueberzeugung von der Richtigkeit der Thatsache beruhet. Eine Einigung der Stimmen, die nur durch künstliche Mittel hervorgebracht wird, und wodurch einige Geschworne veranlaßt werden, ihrer innern Ueberzeugung entgegen, mündlich auszusprechen, daß sie der Ansicht der übrigen beipflichten, ist blos eine formelle, wodurch das Gericht der Wahrscheinlichkeit, welches schon bei der Mehrheit der Stimmen vorhanden ist, nicht um das Mindeste verstärkt wird. Wenn einzelne dissentirende Richter um des Ungemaches der längeren Einsperrung und anderer Entbehrungen zu entgehen, sich entschließen ihrer innern Ueberzeugung scheinbar zu entsagen, und sich äußerlich mit den übrigen Stimmen vereinigen, soll in dieser erzwungenen Stimmeneinhelligkeit der Charakter der Wahrheit erblickt werden? —

Wie der Herr Verfasser der hier zum Gegenstande der Beurtheilung gemachten Abhandlung behaupten kann, daß den Geschwornen, wenn sie zur Einstimmigkeit durch Einsperrung, und nöthigen Falls durch Entbehrung gezwungen werden (welches Ausdrucks er sich selbst bedient) kein Gewissenszwang angethan werde, der mit der Freiheit und Selbstständigkeit der Ueberzeugung nicht vereinbar ist, ist mir ganz unerklärbar. Es wäre doch der Mühe werth gewesen, diese mit sich selbst wenigstens scheinbar im Widerspruche stehende Behauptung näher zu begründen. Was wird aber dießfalls in der erwähnten Abhandlung zur Vertheidigung derselben angeführt? Nichts Anderes, als daß man in England und Amerika die Stimmeinheit in der Natur der Sache gegründet findet, und die öffentliche Meinung im Volke sich entschieden dafür ausspricht, und daß sich bei der Berathung, Stimmeneinhelligkeit gewöhnlich mit einer solchen Leichtigkeit und Sicherheit ergebe, daß die Geschwornen meistentheils, ohne das Berathungszimmer zu betreten, schon den Beschluß fassen. — Allein für jene Fälle, wo sich die Berathung mit einer solchen Leichtigkeit und Sicherheit ergibt, wie hier geschildert wurde, ist eine besondere Vorschrift

zur Erzielung einer Stimmeneinhelligkeit gar nicht nöthig und sie wird sich auch bei Deutschland und bei uns in Oesterreich ergeben, wenn auch einfache Mehrheit der Stimmen als genügend erklärt werden sollte. In jenen Fällen aber, wo dieses nicht der Fall ist, wo sich daher zwischen den Geschwornen verschiedene Ansichten ergeben, kann es gewiß nicht zur Beruhigung gereichen, wenn die späterhin erklärte Einstimmigkeit der Geschwornen nicht als Folge ihrer allseitigen Ueberzeugung, sondern lediglich des Ungemachs der längeren Einsperrung und allenfälliger anderer Entbehrungen erscheint, wodurch einige der Geschwornen dahin gebracht wurden, sich gegen ihre innere Ueberzeugung dem Urtheile der übrigen anzuschließen. Wie die Berufung auf die Einrichtung der gesetzgebenden Versammlungen, nach welcher keineswegs Stimmeneinhelligkeit gefordert, sondern sich mit Stimmenmehrheit begnügt wird, zur Begründung der Behauptung dienen soll, daß nur Einstimmigkeit allein die Kennzeichen der Wahrheit in sich trage, und die der Untrüglichkeit gebührende Achtung für sich in Anspruch nehmen könne, vermag ich nicht zu begreifen, indem gerade dieses Beispiel zur Widerlegung dieser Behauptung dienen würde. Die Aeußerung übrigens, daß in gesetzgebenden Versammlungen der Beschluß der Majorität als der einstimmige Wille dieser Versammlung angesehen werde, ist wohl offenbar unrichtig; es wollte auch dadurch wahrscheinlich nur so viel gesagt werden, daß die Majorität hier das nämliche Resultat erzeuge, wie Stimmeneinhelligkeit. Soll nun dieses auch auf das Urtheil des Geschwornen angewendet werden, so würde gerade daraus folgen, daß sich hier mit der Mehrheit der Stimmen zu begnügen sei, nicht aber daß eine Einstimmigkeit auf künstliche Weise hervorgebracht werden soll. — Sehr sonderbar ist die andere Behauptung, daß wenn zwei dissentirende Geschworne im Berathungszimmer zum Beitritt gezwungen werden, dieses nicht den Sinn habe, daß sie ihr Gewissen verletzen, und gegen ihre Ueberzeugung stimmen sollen, sondern man nur ihre Unterwerfung unter den Willen der Mehrheit, d. h. Zustimmung zu der Eröffnung desselben als einstimmig angenommen verlange.

Nach dieser Aeußerung soll daher der durch die Mehrheit der Geschwornen gefaßte Beschluß dem Publikum unter dem Scheine der Einstimmigkeit verkündet, sohin dasselbe getäuscht, und die dissentirenden Geschwornen, welche sich dieser Täuschung entgegensetzten, durch Zwang genöthiget werden, zu dieser Täuschung ihre Einwilligung zu geben, und nur eine solche Einrichtung des Geschwornengerichtes soll die Kennzeichen der Wahrheit zu Tage fördern, und die der Untrüglichkeit gebührende Achtung für sich in Anspruch nehmen können?

In früheren Zeiten ergriff man, um in Kriminalfällen zur Wahrheit

zu gelangen, zu dem Mittel von dem Untersuchten durch Zwang ein Geständniß herauszupressen; dieses Mittel wurde in der Folge als zweckwidrig und gegen alle Humanität verstoßend aufgegeben; nun auf der Bahn des Fortschrittes weiter vorgerückt, will man auf einmal die Sache umkehren, und die Folter, die man anfänglich an den Inquisiten anwendete um zur Wahrheit zu gelangen, gegen die Richter kehren.

Die Berufungen auf die Artikel **117** und **467** der französischen Civil-Gerichtsordnung, welche anordnen, daß in dem Falle als sich mehr als **2** Meinungen bilden, die Richter, welche die geringere Anzahl ausmachen, verbunden sein, einer der beiden Meinungen beizutreten, welche von der größeren Zahl geäußert worden ist, abgesehen davon, daß vorerst die Frage beantwortet werden müßte, ob diese Anordnung bei einer genauern Prüfung ihre Haltbarkeit bewähre, auf den vorliegenden Fall nicht passend. Die §§. **117** und **467** der französischen Civil-Gerichtsordnung suchen lediglich eine Majorität der Stimmen zu erzielen. Ist diese einmal vorhanden, so ist das Gesetz weit davon entfernt, die mindern Stimmen zum Beitritte zu verhalten, der Beschluß wird lediglich nach der Stimmenmehrheit gefaßt, und nach dieser das Urtheil gefällt und verkündet. Ist aber keine absolute Mehrheit der Stimmen vorhanden, so tritt hier ein ganz eigenes Verhältniß ein. Setzen wir z. B. daß bei Fällung eines Kriminalurtheiles zwei Votanten den Beschuldigten des Diebstahls, zwei andere denselben des Verbrechens der Veruntreuung, einer aber denselben des Verbrechens des Betruges für schuldig erklärten, so ist durch die Mehrheit der Stimmen wenigstens so viel außer Zweifel gestellt, daß der Beschuldigte des Verbrechens des Betruges n i c h t schuldig sei. Allein ob er des Verbrechens des Diebstahls oder des der Veruntreuung schuldig zu erkennen sei, steht bei den gleichgetheilten Stimmen noch in Frage. Es muß nun dahin getrachtet werden, der einen oder andern Stimme ein Uebergewicht zu verschaffen. In dieser Beziehung wird nun Demjenigen, welcher die That als Betrug erklärt hat, kein Gewissenszwang auferlegt, wenn er verhalten wird sich zu erklären, ob er an der von dem Beschuldigten verübten That, eher die Merkmale eines verübten Diebstahles, oder die einer begangenen Veruntreuung erkenne, und daher bei dem bereits bestehenden Beschlusse, daß die That kein Betrug sei, dafür stimme, daß der Verbrecher als Dieb oder Veruntreuer bestraft werde. Welcher große Unterschied waltet hier zwischen dem Falle ob, wenn Derjenige, der seine Ueberzeugung dahin ausgesprochen hat, daß der Beschuldigte des Verbrechens nicht schuldig sei, zu der bestimmten Erklärung genöthiget werden soll, er sei des Verbrechens schuldig. —

Wenn man übrigens blos in der Einstimmigkeit der Geschwornen

in dem Urtheile, daß ein Angeklagter des Verbrechens, dessen er beschuldigt wird, wirklich schuldig sei, eine zureichende Garantie der Wahrheit findet, so muß man konsequent in allen jenen Fällen, wo sich dießfalls nach reiflicher Berathung eine Verschiedenheit der Meinungen ergibt, dahin kommen, den Angeklagten für nicht schuldig zu erklären. Warum auch zu diesem Ausspruche Stimmeneinhelligkeit erforderlich sein solle, läßt sich nicht erklären. Denn nicht jedes von der Anschuldigung lossprechende Urtheil enthält die Bestätigung der Unschuld des Angeklagten, indem der Richter blos deßhalb die Erklärung der Nichtschuld ausspricht, weil keine Gewißheit der Schuld vorhanden ist, sohin selbst ein gegen den Beschuldigten vorhandener sehr dringender Verdacht den Richter nicht hindert, die Erklärung der Nichtschuld auszusprechen. Wenn nun nur in Stimmeneinhelligkeit die zur Verurtheilung nöthige Garantie gefunden wird, so ergibt sich in dem Falle, als z. B. unter zwölf Geschwornen eilf für seine Schuld und nur eine Stimme für seine Nichtschuld sich erkläret, mir das Resultat, daß der Angeklagte des ihm angeschuldeten Verbrechens sehr verdächtig ist; — dieses kann aber eben aus diesem Grunde nicht hindern, die Erklärung seiner Nichtschuld auszusprechen. Anders würde sich die Sache verhalten, wenn, wie es gegenwärtig der Fall ist, das über das geschlossene Verfahren gegen einen Beschuldigten zu schöpfende Erkenntniß ein dreifaches sein könnte: nämlich eine förmliche Schuld- oder Unschuld-Erklärung, oder ein Ausspruch, daß die Untersuchung aus Mangel an rechtlichen Beweisen aufgehoben werde.

Hier müßte ganz natürlich, wenn zu einer förmlichen Schuldloserklärung geschritten werden soll, aus gleichem Grunde, wie bei dem Erkenntnisse auf Schuld desselben, Stimmeneinheit vorhanden sein, und es müßte daher in dem Falle, wenn sich eilf Geschworne für die Schuldlosigkeit des Angeklagten erklärten, und nur eine Stimme dagegen wäre, das Urtheil auf Aufhebung der Untersuchung aus Mangel rechtlicher Beweise ausfallen, weil sich aus der Abstimmung das Resultat ergeben würde, daß weder für seine Schuld noch seine Unschuld eine Ueberzeugung vorliege.

Aus der obenerwähnten Behauptung, daß durch den Zwang der dissentirenden Geschwornen zum Beitritte oder der Unterwerfung derselben unter die Mehrheit Wahrheit erzielet werde, scheint hervorzugehen, daß zur Erzielung der Wahrheit gerade nicht die einhellige Ueberzeugung aller Geschwornen als erforderlich erachtet, sondern hiezu die Mehrheit der Stimmen als genügend angesehen werde, und die minderen Stimmen nur genöthigt werden sollen, diese durch Stimmenmehrheit sich darstellende Wahrheit auch als solche anzuerkennen. Abgesehen nun davon,

daß durch die zwangweise Verhaltung der dissentirenden Minderheit, sich dem Willen der Mehrheit zu unterwerfen gar kein für die wirkliche Erzielung eines gerechten Ausspruches günstigeres Resultat erzielt wird, als wenn schon das Gesetz anordnet, daß der nach Mehrheit der Stimmen gefaßte Beschluß dem Publikum eröffnet und in Wirksamkeit gesetzt werden soll, — folglich eine längere Einsperrung und Auflage von Entbehrungen als eine ganz zwecklose Grausamkeit erscheint, kann sie gerade zu einem verkehrten Resultate führen, indem dadurch gerade die Mehrzahl veranlaßt werden kann, ihre Zustimmung dazu zu ertheilen, daß der Ausspruch nach der Meinung der Minderheit erfolge. Dadurch kann es nicht nur allein geschehen, daß ein Angeklagter, den die Mehrzahl der Stimmenden nach innerer Ueberzeugung für schuldig erklärte, nicht schuldig gesprochen, sondern es kann auch der Fall vorkommen, daß ein Beschuldigter, den die Mehrzahl als nicht schuldig fand, für schuldig gesprochen werde. Ist in diesem letzteren Falle wohl durch das Verlangen der Einstimmigkeit der Unschuldige gerettet worden? —

Eine absolute Gewißheit der Schuld oder Unschuld eines Angeklagten zu erzielen ist beinahe unmöglich. Man darf kühn behaupten, daß, wenn auch solche Umstände vorliegen, welche Jederman von der Schuld des Angeklagten zu überzeugen vermögen, doch die Möglichkeit eines unterlaufenen Irrthumes nicht ausgeschlossen ist. Sollte es daher nicht dahin kommen, daß jeder Schuldige straflos entlassen werde, so müssen wir uns mit Wahrscheinlichkeit begnügen, wobei es sich wohl von selbst versteht, daß nicht jede Wahrscheinlichkeit schon als Gewißheit angenommen werden kann, sondern einen bestimmten höheren Grad erreicht haben müssen, um selbe der wirklichen Wahrheit gleich zu stellen und dafür zu erkennen. Was den Ausspruch jedes einzelnen Geschwornen für sich allein anbelangt, so ist es seiner Beurtheilung und seinem Gewissen zu überlassen, ob er die gegen den Angeklagten vorgekommenen Wahrscheinlichkeitsgründe auf einen solchen Grad gesteigert sieht, um mit Beruhigung ein „schuldig" aussprechen zu können, der Gesetzgebung ist es blos vorbehalten festzusetzen, welche Anzahl einzelner derlei Aussprüche vorhanden sein müssen, um ein wirksames Erkenntniß für seine Schuld zu fällen. —

Sind nun alle Geschwornen darüber einig, daß der Angeklagte schuldig sei, so findet der Hr. Verfasser obiger Abhandlung wohl selbst keinen Anstand, in einer solchen einstimmigen Erklärung eine zureichende Garantie der Wahrheit zu finden, obschon man eine absolute Gewißheit auch hier nicht annehmen kann. Denn wer bürgt wohl dafür, daß wenn eine größere Anzahl von Geschwornen bestimmt worden wäre (denn man kann wohl nicht behaupten, daß zum Auffinden einer obsoluten evidenten Gewißheit

Stimmen genügen) nicht einige darunter gewesen wären, welche sich für „nicht schuldig" ausgesprochen hätten. Eben so wenig kann man aber auch der Gesetzgebung einen Vorwurf einer zu großen Begünstigung der Verurtheilung und eines der Unschuld zu gering gewährten Schutzes machen, wenn z. B. dieselbe durch eine einzige oder auch zwei dissentirende Stimmen (unter einer Anzahl von zwölf), welche sich für „nicht schuldig" erklären, nicht abhalten läßt, nach dem gleichstimmigen Ausspruch von zehn Geschwornen das Erkenntniß auf „schuldig" fällen zu lassen. Würde immer Einstimmigkeit erfordert werden, ohne zur Erreichung einen Zwang anzuwenden, welcher, wie bereits gezeigt worden ist, zur Förderung der Wahrheit nichts beiträgt, so würde der Staat wohl in Gefahr gerathen die meisten Schuldigen straflos zu lassen, und dadurch die Androhung von Strafen beinahe unwirksam zu machen. Wo ist aber hier die Gränze? Ich kenne keine andere durch die Vernunft gezeichnete Gränze als die der Stimmenmehrheit. Geht übrigens die Gesetzgebung noch einen Schritt weiter und fordert sie zur Verurtheilung zwei Drittel der Stimmen, so kann ihr Streben den Schutz der Unschuld handzuhaben, und lieber mehr Schuldige entlaufen zu lassen, als Schuldlose zu verurtheilen, wohl keinen Tadel unterworfen werden, obschon ich es ihm Falle einer solchen einfachen Stimmenmehrheit vorziehen würde, den Ausspruch der Geschwornen der Beurtheilung geprüfter Richter zu unterziehen, in der Art, daß wenn auch die Mehrzahl derselben sich für „schuldig" ausspricht das Erkenntniß hiernach ausgefertigt werde, und im Gegentheile aber auf „nicht schuldig" zu ergehen hätte. Dadurch wäre auch das Rechtsinstitut der Geschwornen gar nicht beirrt; sondern nur durch die Anwendung dieser Gegenprobe die Rechtssicherheit vergrößert.

Denn spricht in einem solchen Falle die Mehrheit der Richter gleichfalls für Schuldigerkennung, so erfolgt die Erklärung der Schuld des Angeklagten, eigentlich nur auf Grund des bereits von der Mehrheit der Geschwornen gefällten Ausspruches, welcher nur durch den übereinstimmenden Ausspruch des Richter-Collegiums eine mehrere Bekräftigung erhält; erklären sich aber die Richter für „nicht schuldig," so erfolgt das Erkenntniß für „nicht schuldig" gleichfalls nicht eigentlich deßhalb, weil die Richter den Angeklagten für nicht schuldig erklärten, sondern aus dem Grunde, weil die einfache Stimmenmehrheit der Geschwornen nicht für zureichend angesehen wird, den Angeklagten als schuldig zu erklären, und weil in diesem Falle diese einfache Stimmenmehrheit der Geschwornen durch den Ausspruch der Richter keine Verstärkung erhalten hat.

Am Schluße dieser Erörterungen kann ich nicht umhin noch zu bemerken, daß bei dem Durchdenken der in der eingangsberührten Abhand-

lung für das Erforderniß der Einstimmigkeit angeführten Gründe ein Wunsch in mir rege geworden ist, dessen Realisirung ich wünschte.

Ich habe schon oben bemerkt, daß es keinem Zweifel unterliegen könne, daß Stimmeneinhelligkeit mehr Beruhigung gewähre, als bloße Stimmenmehrheit. Insoferne nun eine solche Stimmeneinhelligkeit, jedoch ohne einen solchen Zwang, wie sie in Vorschlag gebracht worden ist, erreicht werden könnte, wäre sie nicht zu vernachlässigen. Diese kann nun allerdings in vielen Fällen dadurch hervorgebracht werden, wenn die Geschwornen sich nicht mit dem augenblicklichen Eindrucke, den die Verhandlung auf ihr Inneres macht, begnügen, sondern die Gründe, welche für das Schuldig oder nicht Schuldig sprechen in genaue Erwägung ziehen, und auch dießfalls sich ihre Ueberzeugungen gegenseitig mittheilen, so daß erst nach reiflicher Erwägung aller Gründe für und dagegen, zur definitiven Abgabe der Meinung jedes Einzelnen geschritten wird. Um nun der Gefahr so viel möglich zu entgehen, daß die Sache nicht zu oberflächlich behandelt werde, dürfte ein bestimmter Zeitraum festgesetzt werden, vor dessen Ablauf die Geschwornen das Berathungszimmer nicht verlassen dürfen, wenn nicht Stimmeneinhelligkeit erfolgte. Dabei versteht es sich wohl von selbst, daß hiezu kein längerer Zeitraum zu bestimmen wäre, als welcher zu einer gründlichen Berathschlagung erforderlich erscheint.

IV.

Ueber Beiurtheile im Falle eines zu führenden Zeugenbeweises.

Wenn von beiden streitenden Theilen die Beweise und Gegenbeweise durch Zeugen in der Verhandlung angeboten und die Materialien gesammelt sind, hat nun, um den Zeugenbeweis in Ausführung zu bringen, im ordentlichen Rechtsverfahren ein richterliches Erkenntniß zu folgen; denn Niemand soll nach dem §. 156 der a. G. O. (§. 211 gal. G. O.) einen (ordentlichen) Beweis durch Zeugen antreten, unter welchem Ausdrucke hier die wirkliche Vernehmung der Zeugen verstanden wird, er sei ihm denn durch Urtheil aufgetragen worden.

Die Einrichtung dieses richterlichen Erkenntnisses war nach der Josephinischen Gerichtsordnung (§. 139) der Art, daß der Richter in dem Urtheile Jenes, was zu erweisen ist, genau bestimmen mußte. — Dieses Erkenntniß hatte also schon eine eventuelle und definitive Entscheidung

der Hauptsache selbst zu enthalten, je nachdem der vorgeschlagene Beweis gelingen oder mißlingen, oder auch versäumt werden sollte; ferner eine Auszeichnung des durch Zeugen zu erweisenden Beweissatzes, wozu die einzelnen Beweisartikeln vereinigt führen sollen.

Allein schon die galizische G. O. machte bei dem ordentlichen Beweis durch Zeugen eine Ausnahme von dem Prinzipe, daß jedes Urtheil die Beweise nach einem bestimmten Beweissatze auftragen oder vorbehalten, und zugleich die Hauptsache bedingt entscheiden müsse. — Denn nach Anordnung der §§. 212 u. 213 derselben ist der Beweisführer durch ein Beiurtheil zum Beweise zuzulassen, in welchem Beiurtheile auszudrücken kömmt, welche der namhaft gemachten Zeugen zugelassen und welche verworfen werden, dann über welche Weisartikel die Zeugen zu vernehmen, und welche in die Weisung nicht einzumengen sind; wobei noch ausdrücklich angeordnet ist, daß sich der Richter in einer weiteren Bestimmung der Umstände oder in die Entscheidung der Hauptsache bedingnißweise nicht einzulassen habe. —

Als Grund dieser abweichenden Vorschrift der westgal. G. O. wurde in den Materialien des Hrn. Appell. Vice-Präsidenten Freiherrn v. Pratobevera angeführt:

„Man erkannte aus der Erfahrung, daß der Beweis durch Zeugen in „seinem letzten Resultate viel zu ungewiß sei, um im Voraus denselben „berechnen, und ein bedingtes Endurtheil darauf bauen zu können; man „läßt mit Grund zu größerer Aufklärung der Sache in dem Beweissatze „und den Artikeln auch Nebenumstände zu, die ohne Präjudiz der Haupt„sache von den Zeugen bejahet oder verneinet werden können u. s. w. „Die Erfolge der Zeugenvernehmung sind daher oft ein drittes und an„deres Ergebniß als worauf man dachte oder der Richter erkannte. — „Gesetzt der Kläger biete den Zeugenbeweis an, daß er dem Beklagten „1000 fl. geliehen habe, oder daß ihm der Geklagte einen Zaun muth„willig niedergerissen habe, wofür Er 1000 fl. Entschädigung fordere; „der Richter muß nach der Jos. G. O. schon eventuell auf jene 1000 fl. „aus dem Darleihen oder den Entschädigungsbetrag erkennen (Hofd. v. „27. Septb. 1792 Nr. 54 lit. C.); nun sagen aber die Zeugen hintendrein „aus, daß das Darlehen nur 800 fl. wirklich betragen habe, der nieder„gerissene Zaun größten Theils schon verfallen gewesen sei u. dgl. Was „soll nun der Richter im Endurtheile erkennen, das eigentlich nur den „Ausspruch enthalten soll, ob der Beweis hergestellt sei, oder nicht, „ohne an der früheren Entscheidung der Hauptsache etwas zu ändern; „soll er dem Kläger gar nichts oder wie viel zusprechen?“

Diese Gründe mochten die Gesetzgebung denn auch veranlaßt haben

in der neueren Zeit die dießfälligen Bestimmungen des westgalizischen Gesetzbuches auch in jenen Ländertheilen in Wirksamkeit zu setzen, welchen die Jos. G. O. als Norm zu gelten hat. (Siehe a. h. Entschließung vom **23.** März **1835** und Hofkanzlei d. v. **7.** Juli **1835**). Allein es läßt sich nicht verkennen, daß durch diese gesetzliche Anordnung neue Unzukömmlichkeiten entstanden sind. Denn obgleich nach dem Inhalte derselben §. **2** der Richter angewiesen ist, den Beweis durch Zeugen nur dann zuzulassen, wenn derselbe nicht überflüssig und für sich allein oder in Verbindung mit andern Beweismitteln für vollständig zu halten ist, und die dadurch zu erweisenden Umstände von der Art und so erheblich sind, daß sie zur Entscheidung der Hauptsache zu führen nöthig erscheinen, so fügt das Gesetz doch in eben diesem Paragraphe ausdrücklich bei, daß die Gerichte sowohl erster als höherer Instanz, da diese Beiurtheile keine bedingte Entscheidung der Hauptsache enthalten, bei endlicher Entscheidung des Prozesses an das dahin in erster oder höherer Instanz ergangene, obgleich rechtskräftige Beiurtheil auf den Beweis durch Zeugen nicht gebunden sind, sondern vielmehr, wenn sie den angetragenen und geführten Beweis überflüssig, oder nicht vollständig, die zu erweisenden und erwiesenen Umstände nicht entscheidend finden, ihre endliche Entscheidung, ohne Rücksicht auf diesen Beweis oder auf das vorhergegangene Beiurtheil, zu fällen haben, und daß nur auf eine neue Beweisführung durch Zeugen oder Kunstverständige nicht erkannt werden könne.

Dieses hat, wie schon die Erfahrung mehrfach bewährte, die Folge, daß der Richter bei Erwägung der Frage, ob der angebotene Zeugenbeweis nicht überflüssig oder unvollständig sei, oder die dadurch zu erweisenden Umstände von der Art und so erheblich sein, daß sie zur Entscheidung der Hauptsache zu führen geeignet erscheinen, öfter nur oberflächlich zu Werke gehet, und die Führung eines Zeugenbeweises zuläßt, in Ansehung dessen er, wenn er zur Schöpfung des definitiven Erkenntnisses schreitet, selbst wahrnimmt, daß er zur Entscheidung der Hauptsache nichts beitrage. Selbst mancher Richter, dem man eine Bequemlichkeit oder Oberflächlichkeit nicht zur Last legen kann, findet sich, wenn er im Zweifel schwebt, ob die allenfalls von dem Kläger zum Beweis des Thatumstandes, auf den er seinen Rechtsanspruch gründet, vorgelegten Umstände nicht schon hinreichend sein, die Wahrheit desselben darzuthun, geneigt, vorsichtsweise den Zeugenbeweis zuzulassen, indem er im Falle der Herstellung desselben mit größerer Beruhigung sein Erkenntniß auf Stattgebung des Klagebegehrens fällen kann.

Insbesonders kann der Fall bei Kollegialgerichten öfters eintreten, daß bloß die Mehrheit der Stimmen den angebotenen Beweis entscheidend

findet, und daß dann, wenn die Beweisführung vollendet ist, bei der definitiven Urtheilsschöpfung theilweise andere Votanten interveniren, und nun durch Mehrheit der Stimmen erkannt wird, daß jene Umstände, worüber die Zeugen abgehört wurden, und in Ansehung deren auch der Beweis hergestellt wurde, nicht entscheidend sein, wodurch sie sich veranlaßt finden den Beweisführer ungeachtet des vollständig hergestellten Beweises für sachfällig zu erklären. Die Folge davon ist unnützer Kosten- und Zeitaufwand, gegen welche Uebelstände gerade von dem Publikum in Beziehung auf den Prozeß am meisten geeifert wird, und welcher vermieden worden wäre, wenn es bei der Anordnung der Jos. G. O. belassen worden wäre. Das Obergericht kommt durch diese Bestimmungen dieses neuesten Gesetzes sehr oft in die Lage auf Zulassung einer Beweisführung zu erkennen, die es schon bei Fällung dieses Erkenntnisses als unentscheidend gefunden hat, weil, wenn es gleich ein Endurtheil schöpfen würde, dasselbe zum Nachtheile Desjenigen ausfallen würde, welcher das Rechtsmittel der Berufung ergriffen hat.

Ich stelle nun die Frage: ob denn nicht eine Verfügung zu treffen möglich gewesen wäre, wodurch auf der einen Seite die im Eingange gegenwärtiger Abhandlung berührten Unzukömmlichkeiten, und auf der anderen die aus der Anordnung der gal. G. O. und der a. h. Entschließung vom 23. Mai 1835 geschilderten Folgen vermieden worden wären? — und diese Frage getraue ich mir allerdings bejahend zu beantworten. Was das erste erwähnte Beispiel wegen der angesprochenen Darlehensforderung pr. 1000 fl. anbelangt, so muß ich aufrichtig gestehen, daß ich selbst nach den wörtlichen Vorschriften der Jos. G. O. und dem §. 84 der ersten Abtheilung der Gerichts-Instruktion vom 9. September 1785, in welcher das Formale eines solchen bedingten Endurtheiles aufgenommen ist, gar keinen Anstand haben würde dem Kläger die in Anspruch genommenen 800 fl. zuzuerkennen. Denn das erste Urtheil würde dahin gelautet haben: Der Geklagte sei dem Kläger die mit Klage angesprochenen 1000 fl. nur dazumal zu bezahlen schuldig, wenn er durch den angebotenen ordentlichen Beweis durch Zeugen zu erweisen vermöchte, daß er dem Geklagten 1000 fl. geliehen habe. Sagen nun die Zeugen hintendrein aus, daß das Darlehen nur 800 fl. betrage, so folgt aus dem Urtheile lediglich, daß der Geklagte dem Kläger die geforderten 1000 fl. nicht zu zahlen habe, — keineswegs aber daß der Geklagte dem Kläger gar nichts zu entrichten schuldig sei. Anders würde sich die Sache in dem von mir in einem Kommentar über die G. O. §. 139 Nr. 1 beispielweise aufgeführten Falle verhalten; wenn nämlich Kläger behauptete, daß er dem Geklagten ein Darlehen von 1000 fl. in Zwanzigern zugezählt habe, der Geklagte aber angäbe, daß ihm Kläger nur 1000 fl. WW. gegeben habe.

In diesem Falle würde das erste Urtheil dahin zu lauten gehabt haben: — der Geklagte sei schuldig dem Kläger **1000** fl. in CM. nur dann zu bezahlen, wenn er zu beweisen im Stande wäre, daß er dem Geklagten diese **1000** fl. in Zwanzigern zugezählt habe. Wenn nun die Zeugen aussagen würden, daß der Kläger dem Geklagten das Darlehen in Thalern, Zehnern, mitunter auch in Einlösungsscheinen, jedoch nach dem Kurse zu **250** berechnet, zugezählt, die Gesammtsumme aber berechnetermaßen **1000** fl. CM. ausgemacht habe, so würde der Richter wenigstens dem wörtlichen Inhalte dieses Urtheils entgegen handeln, wenn er dem Kläger die in Anspruch genommenen **1000** fl. zuerkennen würde.

Der vorzüglichste Stein des Anstoßes, dem Kläger in diesem letzten Falle die **1000** fl. CM. zuzuerkennen, beruht aber in dem Wörtchen „nur", dessen sich nach der Gerichts-Instruktion zu bedienen war. Würde dieses weggelassen, und das Erkenntniß nur dahin gefällt, daß der Geklagte dem Kläger die geforderten **1000** fl. CM. zu bezahlen habe, wenn Kläger erweiset, daß er dem Geklagten diese Summe in Zwanzigern ausgezahlt habe, so folgt aus dem Wortlaute dieses Urtheils keineswegs, daß er ihm diese **1000** fl. CM. nicht zu zahlen habe, wenn hervorkommt, daß er ihm das Darlehen auf obige Art und Weise zugezählt habe. —

Durch die einfache Anordnung, daß das Wörtchen „nur" in dem Urtheile hinwegzulassen sei, könnte daher schon den aus der Anordnung des **§. 139** der Jos. G. O. und der Gerichts-Instruktion vom **9.** September **1785** herrührenden, im Eingange gegenwärtiger Abhandlung berührten Uebelständen abgeholfen werden. Was hindert aber die Gesetzgebung dabei noch die ausdrückliche Erklärung beizufügen, daß in dem Falle, als der von dem Beweisführer angebotene und zugelassene Beweis der Umstände, welche zu beweisen angetragen wurden, nicht hergestellt werden sollte, der Richter sein Erkenntniß so zu fällen habe, wie er es gefällt haben würde, wenn ihm die Zeugenaussagen schon bei der Verhandlung vorgelegen wären, jedoch mit der Beschränkung, daß auf keine neue Beweisführung durch Zeugen oder Kunstverständige erkannt werden darf.

Dadurch würde einerseits der Richter an sein früheres Erkenntniß schon dergestalt gebunden sein, daß er bei vollkommener Herstellung des Beweises nicht mehr davon abgehen könnte, und daher dem Beweismittel dasjenige Recht zusprechen müßte, welches ihm unter der Bedingung der Herstellung des Beweises zuerkannt worden ist, und anderseits würde dem Richter im Falle der Nichtherstellung des Beweises in der Beurtheilung und seinem Erkenntnisse eben jene Macht eingeräumt sein, welche ihm nach gegenwärtigen Gesetzen nach vollständiger Abführung des Zeugenbeweises zukömmt.

Nur in dem Falle, als die Zuerkennung des Betrages außer dem Zeugenbeweise noch von der Ablegung eines Schätzungseides abhängig gemacht würde, könnten sich Anstände ergeben, die durch die eben gerügten Anträge nicht beseitigt erscheinen.

Setzen wir, daß bei dem eingangsberührten, vom Herrn Vice-Präsidenten Freiherrn v. Pratobevera zur Sprache gebrachten Falle das Erkenntniß dahin lautete: der Geklagte sei dem Kläger die angesprochenen **1000** fl. dann zu bezahlen schuldig, wenn Kläger den Beweis durch Zeugen darüber herstellen sollte, daß ihm der Geklagte einen Zaun muthwillig abgerissen habe, und er auch beschwören würde, daß der ihm hiedurch zugegangene Schade **1000** fl. betrage, nun aber durch die Zeugenaussage hervorkäme, daß der niedergerissene Zaun schon bereits verfallen gewesen sei. Hieraus würde offenbar hervorgehen, daß der Schade nicht **1000** fl. betragen könne, und dem Richter ist hier keine Gelegenheit gegeben, einen andern Schadensbetrag zuzuerkennen. Allein auch diesem Uebelstande könnte dadurch vorgebeugt werden, wenn der Richter in einem solchen Falle angewiesen würde, das Urtheil lediglich dahin zu schöpfen: daß der Geklagte, wenn der Kläger den Beweis herstellt, schuldig sei, dem Kläger die Entschädigung zu leisten, deren Betrag gegen Ablegung des Schätzungseides in dem Endurtheile bestimmt werden wird.

V.

Betrachtungen über den Erfüllungseid.

Bei jedem Rechtsstreite kömmt es vor allem auf eine richtige Beantwortung der Frage an, ob die Thatsachen, worauf Kläger seinen Rechtsanspruch gründet, oder jene, worauf sich der Geklagte zu seiner Vertheidigung stützet, in der Wahrheit bestehen. Es ist daher in jedem Prozesse die vorzüglichste Aufgabe des Klägers und des Geklagten, dem Richter die Ueberzeugung von dem wirklichen Vorhandensein dieser Thatsachen zu liefern, wenn der eine oder der andere einen für ihn günstigen Ausgang des Prozesses herbei führen soll.

Zu diesem Ende müssen daher dem Richter solche äußere Merkmale vorgelegt werden, welche die Wahrheit der behaupteten Thatsachen erkennen lassen. Hierbei begnügt sich aber die Gesetzgebung nicht mit der individuellen Ansicht des Richters, ob nämlich diese Merkmale in ihm als Privatperson, die Ueberzeugung von der Richtigkeit der Thatsache erregen;

sondern sie zeichnet ihm ausdrücklich vor, welche Eigenschaft diese Merkmale haben müssen, um hieraus die Wahrheit der behaupteten Thatsachen zu erkennen.

Die vollste Beruhigung muß übrigens die Gesetzgebung darin finden, wenn dem Richter die Thatsachen selbst, um die es sich handelt, zur eigenen Anschauung gebracht werden. Allein so weit die eigene Anschauung des Richters gleichfalls nur eine vorübergehende ist, sorgt die Gesetzgebung dafür, daß über seine eigene Anschauung ein solch bleibendes Denkmal errichtet werde, welches seine dadurch gewonnene Ueberzeugung auch auf jene Richter auszudehnen geeignet ist, die sich nicht in gleicher Lage befinden. Manchmal steht auch die Wirklichkeit einer Thatsache mit einer andern in solcher Verbindung, daß schon nach den Naturgesetzen bei dem Vorhandensein einer Thatsache auch das der andern Thatsache nothwendig angenommen werden muß, wie z. B. die Geburt eines Kindes mit dem von der Mutter gepflogenen Beischlafe.

In den meisten Fällen muß jedoch die Ueberzeugung des Richters durch andere Mittel herbeigeschafft werden. Die Mittel (Beweismittel), welche hiezu angewendet werden, lassen aber eine verschiedene Abstufung zu, und es ist die Aufgabe der Gesetzgebung jenen Punkt zu bestimmen, dessen Erreichung die richterliche Ueberzeugung von der Richtigkeit der Thatsache hervorbringen soll. — Auf dieser Betrachtung beruht die in unserer Gerichtsordnung vorhandene Eintheilung in vollständigen und unvollständigen Beweis, und die des letzteren wieder in einen halben, oder mehr als halben, oder weniger als halben Beweis.

In vielen Fällen muß dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatsache durch fremde Erfahrung geliefert werden. — Diese sind entweder Erfahrungen dritter Personen, oder die der streitenden Theile selbst, und die Gesetzgebung bestimmt, wie dieselben überhaupt beschaffen sein, welche Eigenschaften die Personen haben müssen, welche diese Erfahrungen gemacht zu haben behaupten, und in welcher Form sie vorgebracht werden müssen, um den Richter von der Wahrheit derselben zu überzeugen. Auf die Erlangung einer absoluten Gewißheit, d. i. einer solchen, welche sogar die Möglichkeit des Gegentheils ausschließt, muß der Gesetzgeber wohl verzichten, denn diese zu erreichen ist eine Unmöglichkeit, was von den Gesetzgebungen auch dadurch anerkannt wurde, daß sie gegen förmlich gelieferte Beweise auch Gegenbeweise zulassen. —

Der Punkt, mit welchem, wenn er erreicht worden ist, sich die Gesetzgebung begnügt, die Thatsache als wahr anzunehmen, gewährt sohin immer nur einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit. — Bei Feststellung dieses den Rang der Gewißheit einehmenden Grades der Wahrscheinlich-

keit kann aber die Gesetzgebung keineswegs willkürlich handeln, sondern sie hat dabei die allgemeine, durch Vernunftprinzipien geläuterte Ansicht der gebildeten Volksmasse zu berücksichtigen, und sie wird daher nur jenen Grad der Wahrscheinlichkeit als für die juridische Ueberzeugung des Richters hinreichend bezeichnen, welcher wenigstens im Durchschnitte jeden gebildeten Mann dahin bringen würde, den fraglichen Thatumstand als wahr anzunehmen. Sie kann daher, wenn sie einen Grad der Wahrscheinlichkeit noch von der juridischen Ueberzeugung des Richters ausschließt, dafür einen andern nicht als genügend erkennen, der offenbar noch unterhalb der ersteren sich befindet. —

Würde es z. B. nicht allgemeine Mißbilligung nach sich ziehen, wenn die Gesetzgebung die Aussagen zweier Zeugen, welche schon einmal eines Verbrechens wegen in Untersuchung gestanden sind, die nur aus Mangel an rechtlichen Beweisen aufgehoben wurde, als unzureichend erklärte, einen rechtlichen vollständigen Beweis herzustellen, dagegen den Aussagen zweier Zeugen, die schon einmal wegen Verbrechen schuldig erkannt worden sind, die Glaubwürdigkeit nicht entziehen würde.

Was nun die Beweise, die aus fremden Erfahrungen hergeleitet werden, betrifft, so erkläret die österreich. Gerichtsordnung die gleichlautenden Aussagen zweier Zeugen zur Begründung der juridischen Ueberzeugung nur dann als vollkommen genügend, wenn die Zeugen solche Personen sind, denen weder in Beziehung auf ihr Wissen noch in der auf ihr Wollen ein Grund der Verdächtigung zur Last gelegt werden kann; dann wenn sie mit Beobachtung der gesetzlich vorgezeichneten Vorsichten die von ihnen zu bezeugenden Thatsachen eidlich vor dem Gerichte bestätiget haben.

In Beziehung auf die Verdächtigungsursachen theilt das Gesetz die Zeugen in verschiedene Klassen: **1.** in absolut; **2.** in relativ verwerfliche; **3.** in bedenkliche und **4.** in unbedenkliche (klassische) Zeugen ein.

Die absolut verwerflichen Zeugen erkennt das Gesetz durchaus für unglaubwürdig, den relativ verwerflichen, so wie den bedenklichen Zeugen wird einige Beweiskraft, jedoch im minderen Grade zuerkannt, insbesonders werden deren Aussagen zur Gründung der richterlichen Ueberzeugung für zureichend erklärt, wenn bereits auf eine andere Weise eine volle halbe Probe hergestellt ist.

Unter die besondern Vorsichten, welche bei Abhörung der Zeugen zu beobachten sind, damit selbe einen Beweis begründen, gehört insbesonders, daß denselben über gewisse allgemeine Verhältnisse von dem Richter auch ohne besondere Aufforderung des Gegners, und bei Beantwortung jedes einzelnen Artikels darüber befragt werden, woher sie es wissen? ferner daß dem Gegner als Beweisführer gestattet ist, in

Beziehung auf die einzelnen, in Artikeln abzusondernden Thatumstände, welche die Zeugen eidlich bestätigen sollen, besondere Fragestücke dem Gerichte zu übergeben, über welche sie der Richter zu vernehmen hat.

Auf dieses Befugniß des Gegners besondere Fragestücke an die Zeugen zu stellen, legt die Gesetzgebung ein solches Gewicht daß sie, wenn Zeugen zum ewigen Gedächtnisse abgehört wurden, und wegen Dringlichkeit, oder aus dem Grunde, weil der eigentliche Gegner noch gar nicht bekannt ist, die Abhörung der Zeugen über die besonderen, von dem Gegner einzulegenden Fragestücke nicht statt finden konnte, die Zeugenverhöre als unvollendet ansieht, und sie begnügt sich nur dann mit diesen mangelhaften Zeugenaussagen, wenn der Gegner auf sein Recht Fragestücke zu stellen, ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht geleistet hat — oder die Abhörung der Zeugen über diese Fragestücke nicht vorgenommen werden konnte. —

Die einfache Beschwörung von beigebrachten schriftlichen Zeugnissen erkennt das Gesetz in keinem andern Falle als genügend auch nur aushülfs- und ergänzungsweise die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit der zu bestätigenden Thatsache hervorzubringen, als wenn der Gegner des Beweisführers in die Beschwörung dieser Zeugnisse ausdrücklich williget, und sich seines Rechtes, Fragestücke zu stellen, begibt.

Selbst im summarischen Verfahren begnügt sich das Gesetz mit dem summarischen Zeugenbeweise nicht, und läßt die einfache Beschwörung eines Zeugnisses nicht einmal zur Ergänzung der bereits gelieferten halben Probe zu.

Wenn daher der Beweisführer, der bereits im anderen Wege eine halbe Probe geliefert hat, ein von einem in jeder Beziehung unbedenklichen Mann ausgefertigtes Zeugniß beigebracht hätte, worin dieser die fragliche Thatsache bestätigte, und sich zur Beschwörung dieses Zeugnisses erklärte, so könnte sich der Richter, wenn der Gegner nicht ausdrücklich in diese summarische Beschwörung willigte, damit nicht begnügen, sondern müßte sogar (wenigstens im schriftlichen Verfahren) wenn der Beweisführer der betreffenden Satzschrift keinen förmlichen W. A. beigelegt, und sich zur Führung des ordentlichen Beweises nicht erboten hatte, den Beweisführer mit seinen, auf die zu beweisende Thatsache gegründeten Ansprüchen abweisen.

Es dürfte doch keinem Zweifel unterworfen werden können, wenn ich behaupte, daß, in dem Falle, als die Parteien zur Bewahrheitung einer Thatsache sich auf ihre eigene Erfahrung berufen, die Gesetzgebung bei Festsetzung der Erforderniße, unter welchen der Richter diese Erfahrungen der Parteien benützen kann und soll, um eine juridische Gewißheit herbeizuschaffen, wenn nicht strenger, doch gewiß nicht nachsichtiger zu Werke ge-

hen solle, als bei Benützung der Erfahrungen von Personen, denen nach ihren Verhältnissen es ganz gleichgiltig sein kann, ob der Rechtsstreit zu Gunsten des einen oder andern Theils entscheiden werde. Es war mir daher immer sehr auffallend, daß die österr. Gerichtsordnung, und eben so auch die Prozeßordnungen anderer Länder im Falle der eidlichen Bestätigung einer Thatsache von Seite der streitenden Theile selbst weniger Vorsichten anordnen, und nachsichtiger zu Werke gehen, als dieses der Fall ist, wenn es sich um die eidliche Bestätigung von ganz unbefangenen Personen handelt. —

Denn ist einmal auf einem andern Wege in Beziehung auf eine bestimmte Thatsache eine halbe Probe geliefert, so genügt zur vollständigen Herstellung des Beweises (wenigstens in der Regel) die einfache eidliche Bestätigung dieses Umstandes von Seite des Beweisführers, ohne daß dieser über seine Verhältnisse im Allgemeinen befragt wird, ohne daß der Richter, wie dieses bei den Aussagen fremder Personen der Fall ist, von Amtswegen auf die Angabe der Ursache des Wissens zu bringen angewiesen ist, und ohne daß dem Gegner gestattet ist, besondere Fragstücke dem Beweisführer zur Beantwortung vorzulegen, obgleich größtentheils die nämlichen Gründe, aus welchen sich der Gesetzgeber veranlaßt sah, diese Vorsichten bei Zeugenverhörungen vorzuzeichnen, auch bei der eidlichen Bestätigung der Thatsachen von den Parteien selbst vorhanden sind.

Was die Stellung der allgemeinen Fragestücke an die Zeugen anbelangt, so zielen zwar die meisten dahin, um zu ermitteln, ob nicht der Zeuge in einem solchen Verhältnisse zu den streitenden Parteien, oder zu der Sache selbst stehe, welche gegründeten Zweifel an der Unbefangenheit ihrer Aussagen erregen. Da nun die Befangenheit der streitenden Theile selbst in ihrer Eigenschaft als Streittheil liegt, folglich erst in eine nähere Erkundigung hierüber einzugehen unnöthig wird, — so fällt zwar die Nothwendigkeit der meisten derlei Fragen weg, jedoch nicht aller. In vielen Fällen kann das Alter des sich zum Erfüllungseid anbietenden Streittheiles auf die Glaubwürdigkeit seiner eidlichen Bestätigung ebenso, wie bei einem anderen Zeugen von Einfluß sein. Denn ohne Zweifel kann doch Derjenige, welcher wegen Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit die ungezweifelte Wahrheit nicht erfahren, oder ungezweifelt an den Tag legen kann, auch nicht zum Erfüllungseide zugelassen werden. Unter diese Personen rechnet aber der §. **140** der a. G. O. ausdrücklich auch Kinder unter **14** Jahren. Hat sich nun ein Streittheil in Beziehung auf eine schon vor vielen Jahren ereignete Thatsache zum Erfüllungseid erboten, so ist es doch zur Gewinnung der richterlichen Ueberzeugung, ebenso wie bei Zeugenaussagen, nothwendig zu wissen, wie alt dieser Streittheil zu der

Zeit gewesen sei, als sich die Thatsache ereignete und natürlich dadurch erreicht wird, wenn derselbe um sein dermaliges Alter befragt wird.

In vielen und vielleicht in den meisten Streitfällen, handelt es sich wohl um Thatsachen, die sich an der Person des Beweisführers selbst ereigneten, und in einem solchen Falle liegt es zwar vor, daß der Streitführende durch eigene Erfahrung und Anschauung von der Thatsache Kenntniß erlangte. Allein nicht immer ist dieses der Fall, und dem Verfasser gegenwärtiger Abhandlung sind in seiner Praxis nicht wenige Fälle vorgekommen, wo es zweifelhaft war, ob Derjenige, welcher sich zum Erfüllungseide angeboten hat, aus eigener Erfahrung von der Richtigkeit der zu erweisenden Thatsache Kenntniß erlangte. Das Gesetz räumet in diesem Falle weder dem Richter noch der Gegenpartei ein Mittel ein, wenigstens durch die eidliche Bekräftigung des Beweisführers eine rechtsgenügliche Ueberzeugung des Umstandes zu erhalten, ob derselbe aus eigener Erfahrung von dem Vorhandensein der zu bestätigenden Thatsache Kenntniß erlangt habe.

Warum die Stellung noch besonderer Fragen an den eine Thatsache bestätigenden Streittheil, welche doch das Gesetz selbst bei einem unbefangenen Zeugen, wo eine absichtliche Verschweigung mehrerer anderer damit in Verbindung stehender Thatsachen, die auf Beurtheilung des Faktums Einfluß haben können, nicht zu befürchten ist, als zur Eruirung der Wahrheit förderlich erachtet, hier dem Gegner des Beweisführers nicht gestattet sein soll, kann ich mir nicht erklären. Es ist zwar richtig, daß manche Fragestücke in einen groben Mißbrauch zur Verwirrung und Verdunklung des Rechtes ausarten, und auch solche gestellt werden können, welche zur Aufklärung des Thatverhältnisses nichts beitragen, sondern nur dahin zielen, den Befragten zu Erklärungen zu veranlassen, welche das Ehrgefühl beleidigen; allein ein solcher Mißbrauch von dem Rechte besondere Fragen an den Abzuhörenden zu richten, kann auch bei dem eigentlichen Zeugenverhöre gemacht werden, es ist daher Aufgabe der Gesetzgebung durch ein dem Richter dießfalls eingeräumtes Befugniß solche Fragen hintanzuweisen, diesen Mißbrauch zu entfernen. Dem Gegner des Beweisführers aber deßhalb das Befugniß zu entziehen, an diesen Fragestücke zu stellen, die ihm selbst an unbefangene Zeugen zu richten gestattet gewesen wäre, läßt sich nicht rechtfertigen.

Gerade die Person, welche in einer Streitsache am meisten befangen ist, genießt sohin, bei ihrer eidlichen Bestätigung von Thatsachen, Begünstigungen vor ganz unbefangenen Personen, die zur Zeugenschaft verhalten werden; — sohin ein Privilegium.

Vielleicht wird Mancher mir hierauf erwiedern, daß die Streittheile

doch nicht Zeugen in eigener Sache sind, daher auch bei ihnen nicht das nämliche Verfahren beachtet werden könne, was bei Aufnahme von Zeugenaussagen angeordnet ist. Allein ich sehe wirklich nicht ein, warum sich die Gesetzgebung aus diesem Grunde abhalten lassen soll, bei Parteieneiden die Vorsichten außer Acht zu lassen, welche sie bei Zeugenaussagen zur Erreichung einer juridischen Gewißheit für nöthig erachtet. Diese Bemerkung könnte allenfalls für den Fall passen, wenn sich die Gesetzgebung veranlaßt gesehen hätte bei Parteieneiden die Anwendung besonderer Vorsichten anzuordnen, welche bei Zeugenverhören nicht zu beobachten wären, und nun der Antrag gestellt würde, auch die Parteien bei diesen Eiden von Beobachtung dieser Vorsichten zu entbinden, sie kann aber nicht rechtfertigen, die Parteien bei der eigenen eidlichen Bestätigung der Wahrheit der von ihnen angebrachten Thatsachen der Beobachtung jener Vorsichten zu entbinden, welche nothwendig erachtet wurden, um der Aussage eines vollen Glauben verdienenden Zeugen eine Beweiskraft zuzuerkennen. Uebrigens muß, wenigstens im ausgedehnteren Sinn des Wortes, auch derjenige Streittheil, welcher eine Thatsache, von deren Beweise die Entscheidung der Thatsache abhängig ist, eidlich bestätiget, in dieser Beziehung als Zeuge angesehen werden, denn mit dem Begriffe eines Zeugen ist der Umstand, daß derselbe selbst die Hauptperson im Prozesse ist, nicht unverträglich. Die Lehrer des Civil-Prozesses pflegen zwar schon in Aufstellung des Begriffes eines Zeugen als einer Person, welche, ohne an einem Rechtsstreite selbst Theil zu nehmen, die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache auf eine bejahende oder verneinende Weise dem Richter unmittelbar bestätiget, die Streittheile selbst von den Zeugen zu unterscheiden. Allein bei dieser hier erwähnten Definition ist schon auf die dermalen bestehende Prozeßordnung selbst Rücksicht genommen worden, und auch der Verfasser gegenwärtiger Abhandlung stellt keineswegs in Abrede, daß bei engerer Bezeichnung des Begriffes eines Zeugen allerdings obige Ausscheidung an ihrem Platze sei. Aber im weiteren Verstande genommen und die Natur einer Zeugenschaft im Allgemeinen sich vor Augen haltend, muß man wohl auch die streitenden Theile selbst, wenn sie die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache behaupten, in dieser Beziehung als Zeugen ansehen.

Die Zulassung der streitenden Theile zur bloßen summarischen Beeidigung der von ihnen behaupteten Thatsachen, wenn bereits auf anderem Wege eine halbe Probe oder darüber hergestellt ist, hat, wie es die Erfahrung bewährt, auch öfters die Folge, daß Personen, welche an dem Ausgange der Streitsache gar kein eigenes materielles Interesse haben, sich, um der Belästigung einer förmlichen artikelweisen Abhörung zu entgehen

dem einen oder andern Streittheile sich als Streitgenossen im Prozesse zugesellen, und sich sohin zum Erfüllungseide erbieten, zu welchem nur Streitgenossen selbst, nicht aber dritte Personen zugelassen werden. In einem solchen Falle kömmt nun auch weiters nicht selten vor, daß der Gegner sich gegen den Beitritt eines ganz unbefangenen Dritten, der in der Sache gar nicht interessirt ist, zum Prozesse sträubet, und die Unzuläßigkeit desselben zur Ablegung des Erfüllungseides behauptet. Wäre es nun hier nicht wirklich sonderbar, wenn der Richter die einfache eidliche Bestätigung des fraglichen Thatumstandes von Seite des Intervenirenden aus dem Grunde als für seine Ueberzeugung unzureichend erklären würde, weil diesem an dem Ausgange der Streitsache nichts gelegen sei, dagegen ihn aber in dem Falle, als er ausweisen würde, daß er ein großes Interesse daran habe, daß der Streittheil, dem er in dem Streite als Genosse beigetreten ist, den Sieg davon trage, und daß daher der Richter die behauptete Thatsache als wahr anerkenne, aussprechen würde, daß er Richter nur bei diesem Verhältnisse sich bei seiner richterlichen Ueberzeugung mit der einfachen Beschwörung des Thatumstandes von seiner Seite begnügen, und ihn von den Vorsichten befreien kann, welche das Gesetz zur Glaubwürdigkeit der Aussage eines unbefangenen Zeugen nothwendig erachtet hat.

Uebrigens ist es auch auffallend, daß die allgemeine österreichische Gerichtsordnung §. **212** ganz allgemein ohne alle Beschränkung anordnet, daß, wenn ein Theil über einen erheblichen, der Streitsache entscheidenden Umstand zwar keine vollständige, doch eine halbe oder mehr als eine halbe Probe beigebracht und sich erboten hat, diesen Umstand eidlich zu bestätigen, ihm der Erfüllungseid aufgetragen, füglich gestattet werden kann, den Beweis mit seinem Eide zu ergänzen, ohne von den persönlichen Eigenschaften Desjenigen, der den Erfüllungseid ablegen soll, eine Erwähnung zu machen. Daß Jene, welche wegen ihrer Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit die ungezweifelte Wahrheit nicht erfahren haben, oder solche ungezweifelt nicht an den Tag legen können, und welche deßhalb als ganz verwerfliche Zeugen erklärt werden, auch zum Erfüllungseid nicht zugelassen werden können, liegt wohl in der Natur der Sache, und es wird Niemand die Behauptung wagen, daß auch Wahn- oder Blödsinnige von der Ablegung des Erfüllungseides nicht ausgeschlossen werden können. Daß unter den hier bezeichneten Personen auch Unmündige gerechnet werden müssen, ist nicht nur aus dem §. **140** der allerhöchsten Gesetzordnung sondern auch dem Hofdekrete vom **31.** August **1798**, Nr. **430** zu entnehmen. Nicht so ist man aber in der Praxis darüber einig, ob ein Streittheil, welcher bereits wegen Verbrechen des Betruges, oder eines andern

aus Gewinnsucht herrührenden Verbrechens schuldig erkannt worden ist, von der Ablegung des Erfüllungseides ausgeschlossen werden müsse. Ich habe zwar in meinem Kommentare der allgemeinen österr. Gerichtsordnung §. 212 Nr. 3 und 5 nachzuweisen gesucht, daß es auch im Geiste dieser Gerichtsordnung gegründet sei, Denjenigen, welcher vermög seinen persönlichen Eigenschaften über Einwendung des Gegners zur Abgabe einer Zeugenaussage unfähig erklärt wird, auch von Ablegung des Erfüllungseides auszuschließen. Ich zweifle aber, daß meine Behauptung bei allen Praktikern Eingang gefunden habe, und bei dem Schweigen des Wortlautes des Gesetzes hierüber dürften viele Richter Anstand nehmen, eine solche Person von Ablegung des Erfüllungseides auszuschließen. Mir wäre auch die Gegenbemerkung nicht befremdend, daß eben dadurch, daß die Gesetzgebung die eidliche Bekräftigung einer Thatsache von Seite der streitenden Theile selbst, vor der anderer Zeugen auch in anderer Beziehung, nämlich dadurch begünstiget, daß sie sich mit der einfachen Angabe des Thatumstandes begnügt, und nicht auch wie bei Zeugenaussagen den Richter anweiset, sich um den eigentlichen Grund des Wissens zu bekümmern, und den Gegner auch zur Stellung besonderer Fragestücke nicht zuläßt, man auch nicht alle Gründe, wegen welcher eine Person von der Ablegung einer Zeugenaussage auszuschließen ist, auf die streitenden Theile selbst anwenden könne, wenn es sich um die Ablegung eines Erfüllungseides handelt. Darum wäre es wünschenswerth, daß sich das Gesetz hierüber ausdrücklich ausspreche. —

VI.

Einige Worte über den Beweis zum ewigen Gedächtnisse.

In Erwägung, daß der Gebrauch des Zeugenbeweises vielen Zufälligkeiten unterworfen ist, und nicht immer in der Macht des Beweispflichtigen liegt, indem der Tod, eine immerwährende, große Entfernung und andere dergleichen Verhältnisse die tüchtigsten Zeugen entziehen können, gestattet das Gesetz, um diesen Beweis möglichst zu sichern, den Betheiligten unter den bestimmten Bedingungen die Zeugen zum ewigen Gedächtnisse abhören zu lassen. Jeder, sagt der §. 179 der Jos. G. O., der aus was immer für einer Ursache besorgen kann, daß ihm ein zur künftigen Behauptung oder Vertheidigung seines Rechtes tauglicher Zeuge entgehen dürfte, ist berechtiget diesen Zeugen während dem Prozesse, oder auch

ehe derselbe anhängig gemacht worden, zum ewigen Gedächtnisse abhören zu lassen. Ebenso lautet auch der §. 251 der gal. G. O.

Derjenige, der daher einen solchen Beweis zum ewigen Gedächtnisse zu führen entschlossen ist, hat nun bei dem Gerichte, wo der Prozeß anhängig ist, oder anhängig zu machen wäre, gegen Denjenigen, gegen welchen dieser Beweis zur Behauptung eines Rechtes oder zur Vertheidigung dienen soll, ein Gesuch um Gestattung dieser Abhörung zu überreichen. — In diesem Gesuche hat er sein gegründetes Besorgniß des Verlustes der abzuhörenden Zeugen nachzuweisen, wobei freilich kein strenger Beweis, sondern blos eine Wahrscheinlichkeit, die durch Notorität, Zeugnisse u. dgl. geliefert wird, gefordert wird. Nur in dem Falle als kein bestimmter Gegner bekannt, und der Gerichtsstand ungewiß, oder die Gefahr des Verlustes äußerst dringend wäre, könnte bei dem Gerichtsstande des Zeugen, oder selbst dort, wo der Zeuge sich eben aufhält, die Abhörung angesucht werden. —

In Beziehung auf das über ein solches Gesuch einzuleitende Verfahren spricht sich das Hofdekret vom 27. September 1784, Nr. 1341, lediglich in der Art aus, daß in dieser Beziehung eine allgemeine Vorschrift nicht ertheilt werden könne, sondern es von dem Ermessen des Richters abhänge, ob er die Führung des Beweises zum ewigen Gedächtnisse, und zwar mit oder ohne Vernehmung des Gegentheiles zu bewilligen oder abzuschlagen finde. Findet daher der Richter, daß eine Gefahr nicht einmal wahrscheinlich gemacht worden sei, so ist ihm sogar die Macht eingeräumt, das Gesuch gleich abzuweisen. —

Sehr richtig wird dagegen von Hrn. Appellations-Vicepräsidenten Freiherrn v. Pratobevera in seinen Materialien *) bemerkt, daß eine solche richterliche Zurückweisung immer gewagt, und voreilig sei; als Grund hiervon wird aber lediglich angegeben, daß es möglich sei, daß der Gegner seines eigenen Interesses wegen in die Abhörung einwillige, daß dann der Richter gegen die Absicht beider Parteien gehandelt hätte, und daß aus dieser Ursache der neue Entwurf der Gerichtsordnung nur erwähne, der Richter könne ohne Vernehmung des Gegentheiles das Zeugenverhör bewilligen, nicht aber abschlagen. Dem Verfasser gegenwärtiger Abhandlung ist auch in seiner Prax kein Fall vorgekommen, wo der Richter ein Gesuch um Abhörung der Zeugen zum ewigen Gedächtnisse ohne vorläufige Vernehmung des Gegners abgeschlagen hätte. — Wenn daher keine Gefahr auf dem Verzuge vorhanden ist, so wird der Richter immerhin über ein solches Gesuch eine Tagsatzung anordnen, oder allenfalls auch dem

---

*) VII. Band. Seite 357.

Gegner um seine schriftliche Aeußerung vernehmen, und wenn dieser gegen die Abhörung protestirt, das Gesuch entweder bewilligen oder abschlagen, je nachdem er das Erforderniß der vorhandenen Gefahr als zureichend ausgewiesen findet oder nicht. Da dem durch eine rechtliche Verfügung sich beschwert fühlenden Theile in der Regel immer der Rekurs an das Obergericht offen steht, wenn nicht das Gesetz ausnahmsweise für einen bestimmten Fall das Gegentheil angeordnet hat, welches in Beziehung auf eine solche Erledigung nicht geschehen ist, so wird auch hier jedem Theile das Recht zustehen, sich gegen die ihm kränkende Erledigung eine Beschwerde bei dem Obergerichte zu überreichen.

Ich muß gestehen, daß ich nicht einsehe, warum Demjenigen, der sich auch schon vor der Zeit eines zu beginnenden Rechtsstreites einen Beweis durch Zeugen verschaffen will, auch nur das geringste Hinderniß gemacht werden soll. Herr Appellations-Vicepräsident v. Pratobevera sagt zwar in seinen Materialien *): die Ausweisung eines gegründeten Besorgnisses des Verlustes eines Zeugen sei nothwendig; denn immer habe eine voreilige und vielleicht einseitige Vernehmung der Zeugen Gefahren oder Nachtheile für den Gegner. — Ich hätte sehr gewünscht, daß sich der Herr Herausgeber der „Materialien" hierüber näher erklärt, und wenigstens einige solche Nachtheile und Gefahren beispielweise namhaft gemacht hätte. Ich konnte solchen Nachtheilen und Gefahren nicht auf die Spur kommen. Denn die Entbehrung des Vortheiles, welcher dem Gegner dadurch zugehen konnte, wenn in der Folge, bevor es zum wirklichen Prozesse oder zur Entscheidung desselben kömmt, auf Seite des Zeugen ein Hinderniß eingetreten sein sollte, von seiner Zeugenschaft Gebrauch zu machen, wodurch er sohin in die Lage gekommen wäre, durch Abläugnung des gegen ihn behaupteten Thatumstandes den Sieg zu erringen, kann doch gewiß als ein solcher Nachtheil nicht angesehen werden. Was die berührte einseitige Vernehmung des Zeugen anbelangt, so weiß ich nicht, was der Herr Verfasser eigentlich darunter versteht, da bei Abhörung der Zeugen zum ewigen Gedächtnisse, ebenso, wie bei dem ordentlichen Zeugenbeweise in jenen Fällen, wo keine Gefahr auf dem Verzuge haftet, die Weisartikel dem Gegentheile wie die Fragestücke zugestellt werden müssen, und dieser auch hier, wie dort zur Anhörung der Zeugen wieder vorzuladen ist; seine Gegenwart bei der eigentlichen Abhörung der Zeugen aber dort wie hier nicht statt findet. Ist aber Gefahr auf dem Verzuge vorhanden, so ist dieses gerade ein Fall, wo auch nach gegenwärtigen Gesetzen die Abhörung der Zeugen zum ewigen Gedächtnisse auch ohne Abforderung der Fragestücke bewilligt werden muß.

*) VII. Band. Seite 357.

Von einer solchen einseitigen Vernehmung könnte daher außer diesem Falle nur dann die Rede sein, wenn kein bestimmter Gegner bekannt ist, in welchem Falle daher die Zeugen über die W. A. allein, auch ohne Abforderung von Fragestücken, abgehört werden. — Allein von dem Rechte Fragestücke zu stellen, bleibt der Gegner auch in diesem Falle nicht ausgeschlossen, sondern es bleibt ihm dieses Recht noch immer nach bereits abgeführtem Prozesse (Hofd. v. 15. Oktober 1802 Nr. 579) oder während desselben (§. 354 der gal. G. O.) vorbehalten. —

Es sind in einem solchen Falle auch die Zeugenverhöre so lange verschlossen bei Gericht aufzubewahren, bis das Recht Fragestücke zu stellen erloschen ist (Hofd. v. 25. Juli 1800 Nr. 505), daher der Zeugenführer hievon keinen Gebrauch machen kann. Wenn auch zur Zeit, als die Abhörung der Zeugen zum ewigen Gedächtnisse angesucht wird, keine Gefahr vorhanden ist, so kann eine solche Gefahr sich doch in der Folge vielleicht in den nächsten Tagen sich ergeben, ohne daß der Beweisführer hievon in Kenntniß kommt. Die Möglichkeit, daß Jemanden ein zur künftigen Behauptung oder Vertheidigung seines Rechtes tauglicher Zeuge entgehe ist immer vorhanden, und diese allein sollte genügen, die Abhörung desselben zum ewigen Gedächtnisse zu bewilligen.

Setzen wir den Fall, daß Jemand um Abhörung eines Zeugen zum ewigen Gedächtnisse ansuchet, in Ansehung dessen zu dieser Zeit gar keine Gefahr vorhanden ist, daß ihm dieser Zeuge, wenn es zum Rechtsstreite kommt, entgehen werde. Der Gegner protestirt nur gegen dessen Abhörung, und Bittsteller wird mit seinem Gesuche abgewiesen. Bald darauf erkrankt dieser Zeuge am Nervenfieber, ohne daß der Beweisführer hievon Kenntniß erlangt, und stirbt. — Nun ist der frühere Bittsteller dieses einzigen ihm zu Gebote gestandenen Beweismittels beraubt und als es dann zum Rechtsstreite kommt, wird er sachfällig. Wie läßt es sich rechtfertigen, diese betrübende Folge durch Verweigerung der Gewährung seines Gesuches herbeigeführt zu haben?

Uebrigens setzt in den meisten Fällen die Gerichtsordnung in den 15. Kapitel den Beweisführer in die Lage, das, was er auf geradem Wege nicht erlangen konnte, auf einem krummen, weitwendigeren und kostspieligeren Wege zu erreichen. Es ordnen nämlich die §§. 176—178 an, daß Derjenige, der wider Jemanden ein Recht hat, ohne von selbem einen schriftlichen Beweis in Händen zu haben, befugt sei, von ihm die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde zu fordern; und wenn dieser dieses verweigerte, eine Klage auf Ausstellung einer solchen Urkunde einzubringen berechtigt sei; denn daß Derjenige, der von Jemanden eine Klage besorgt, wider welche er erhebliche Einwendungen, jedoch ohne schriftliche Beweise

hat, befugt sei, darüber von demselben ein schriftliches Beweisthum zu fordern, und wenn er sich dessen weigert, ihn hierwegen gerichtlich zu belangen.

Wenn nun Jemand um Abhörung von Zeugen zum ewigen Gedächtnisse ansucht, in Ansehnung welcher er keine Gefahr nachzuweisen im Stande ist, und daher mit seinem Gesuche abgewiesen wird, so kann er gegen seinen Gegner mit einer Klage auftreten, durch welche er von ihm die Ausstellung einer schriftlichen Beweisurkunde in Anspruch nimmt. Er muß natürlich in einem solchen Falle jene Thatumstände, zu deren Beweise er die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde in Anspruch nimmt, auf anderem Wege erweisen.

Dieses geschieht nun dadurch, daß er sich auf die Zeugen beruft, um deren eidliche Abhörung zum ewigen Gedächtnisse er angesucht hatte, welche ihm aber verweigert worden ist. Das Ergebniß also davon wird sein, daß er zum Zeugenbeweise zugelassen wird. Der Richter muß ihm also auf diesem Wege dasselbe bewilligen, was er ihm vor Kurzem abgeschlagen hat, und auf diese Art verschafft sich der Bittsteller den Beweis durch Zeugen, wo es erst auf ihn ankömmt, ob er sich nicht befriedigen und seinen Gegner die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde hierüber erlassen wolle. —

Ich glaube sogar, daß derlei Beweise zum ewigen Gedächtnisse eher begünstiget, als erschwert werden sollen. Denn ich wiederhole, daß ich nicht einsehe, welcher Nachtheil dadurch dem redlichen Gegner zugehen solle. Es versteht sich wohl selbst, daß die Verschaffung solcher Beweismittel auf Kosten Desjenigen zu geschehen habe, der sie verlangt. Erreicht er nun seinen Zweck, so kann sich ja dadurch sein Gegner in seinem Rechte nicht beeinträchtigt fühlen. Denn handelt es sich hier um einen Thatumstand, von dessen Bestehen der Gegner aus eigener Erfahrung selbst keine Kenntniße hat, so muß es ihm sogar angenehm sein, auf diesem, für ihn nicht kostspieligen Wege von dem wahren Verhältnisse der Sache unterrichtet worden zu sein. Hat er aber aus eigener Erfahrung hievon Kenntniß, so kann es nur aus unlauterer Absicht geschehen, wenn er Demjenigen, der ein Recht gegen ihn hat, hindern sollte, sich das verlangte Beweismittel zu verschaffen. —

Es geschieht öfters, daß streitende Theile sich zum Beweise von Thatsachen auf Zeugen berufen, bei deren Vernehmung aber hervorkömmt, daß sie entweder keine Wissenschaft hiervon haben, oder sich hierauf nicht mehr erinnern, oder selbst, daß sich die Sache ganz anders verhalte, als die Zeugen früher, nach ihren gemachten unrichtigen Mittheilungen oder eigener Auffassung der Thatsachen angegeben haben, was die Sachfälligkeit der Beweisführer zur Folge hat. Würde ein solcher Streittheil in einem solchen Falle vor Ein=

lassung in den Prozeß um Abhörung der Zeugen zum ewigen Gedächtnisse angesucht haben, und diese ihm bewilligt worden sein, so würde er sich in den Prozeß nicht eingelassen, — Verdruß und Kosten erspart haben. Dadurch wäre nicht nur ihm, sondern auch seinem Gegner Vortheil verschafft worden.

Ich sehe auch deßhalb nicht ein, warum in dem Falle, als die Zeugen zum ewigen Gedächtnisse abgehört werden, ohne daß von dem Gegner die besonderen Fragestücke abgefordert wurden, die Aussagen der nur über den W. A. vernommenen Zeugen geheim gehalten werden müssen. Durch diese Verheimlichung kann es geschehen, daß der Zeugenführer in der sicheren Meinung, daß die abgehörten Zeugen zu seinen Gunsten ausgesagt haben, den Rechtsstreit beginnet und fortsetzet, welchen er nicht unternommen haben würde, wenn er die Zeugenaussagen eingesehen hätte. Auch dem Gegner des Beweisführers könnte es in vielen Fällen erwünschlich sein, früher in die Kenntniß des Inhaltes der Zeugen-Aussagen zu kommen, indem er, wenn er die Bestätigung der von seinen Gegnern angegebenen Thatsachen daraus entnehmen würde, er sich bewogen sehen könnte, sich dem Anspruche desselben zu fügen, ohne es auf eine richterliche Entscheidung ankommen zu lassen. —

Schlüßlich glaube ich noch nur eine Bemerkung hier machen zu sollen. Die Anordnung des Hofdekretes vom 15. Oktober 1802, Nr. 579, daß in dem Falle, als bei Führung des Beweises zum ewigen Gedächtnisse dem Gegner die Weisartikel zur Erstattung seiner Fragestücke zugestellt werden, er dieselben auch bei der zur Vernehmung der Zeugen angeordneten Tagsatzung um so gewisser einzulegen habe, als sonst sein Recht zur Stellung solcher Fragestücke erloschen wäre, halte ich für den Gegner des Beweisführers drückend und seiner Vertheidigung nachtheilig.

Denn um zweckmäßige Fragestücke stellen zu können, ist es erforderlich, daß der Gegner des Beweisführers von dem Gegenstande, um den es sich handelt, genau informirt sei, und die Folgerungen kenne, welche der Beweisführer aus den Thatsachen, worüber die Zeugen abzuhören kommen, ziehet. In dieser Lage befindet er sich aber erst nach gepflogener förmlicher Rechts-Verhandlung. Die Nöthigung des Gegners zur Stellung der Fragestücke schon im Zuge der über Ansuchen des Beweisführers gestatteten Zeugenvernehmung ist der einzige Nachtheil, der dem Gegner aus selben zugehen kann. Dieser Nachtheil läßt sich aber vermeiden. Man stelle es nämlich in das Belieben des Gegners, ob er schon bei dieser Zeugenvernehmung die Fragen an selbe richten, oder mit Stellung seiner Fragestücke bis zum Schlusse der Verhandlung zuwarten wolle. Da aber auch bis dahin Besorgnisse entstehen können, der eine oder andere Zeuge werde

ihm entgehen, und er nicht mehr in der Lage sein, ihn über die besonderen Fragestücke abhören zu lassen, so stelle man ihm frei bis dahin zu jeder Zeit, wenn er es seinem Interesse entsprechend findet, die Abhörung des Zeugen über die zu stellenden Fragestücke vernehmen zu lassen.

VII.

Bemerkungen zu dem Entwurfe einer allgemeinen Konkursordnung für diejenigen Provinzen des österreichischen Staates, in welchen das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Wirksamkeit ist.

Es läßt sich gewiß nicht in Abrede stellen, daß die in Oesterreich bestehenden Gesetze über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten in verschiedenen Theilen desselben einer Verbesserung und Vervollkommnung bedürftig sind. — Unter diesen Theilen ist es aber besonders die Konkursordnung, deren Mängel bisher lebhaft gefühlt wurden. —

Der in der zweiten Hälfte des Jahres 1848 erschienene Entwurf einer allgemeinen Konkursordnung nach den Anträgen des damaligen k. k. Justiz-Ministeriums ist eigentlich das Resultat der schon seit längerer Zeit hierüber statt gehabten Berathungen der damals bestandenen k. k. Gesetzgebungs-Hofkommission in Justizgesetzsachen, und die öffentliche Herausgabe derselben, wodurch wenigstens stillschweigend auch andere Männer, die sich in diesem Gegenstande einige Kenntnisse zutrauen, als gerade diejenigen, die die Staatsverwaltung selbst zur Beurtheilung dieses Gegenstandes zu berufen befunden hat, zur Prüfung und Eröffnung ihrer Ansichten aufgefordert worden sind, ist als eine die gründliche Verbesserung und Vervollkommnung der österreichischen Justizpflege bezielende Verfügung freudig zu begrüßen. —

Dem Verfasser gegenwärtiger, der Oeffentlichkeit übergebenen Abhandlungen hat diese Erscheinung um so freudiger überrascht, als er in den meisten und wesentlichsten Theilen derselben Prinzipien entwickelt sah, denen er von jeher in seinem Innern huldigte; nur in einzelnen Bestimmungen glaubt er einige Mängel entdeckt zu haben, deren Beseitigung und Verbesserung er für wünschenswerth hält, und diese gedenkt er hier zur Sprache zu bringen, und somit öffentlich der Beurtheilung und Würdigung sachkundiger, auf die Gesetzgebung Einfluß habender Männer zu unterziehen.

Diese sind folgende:

Zu §. 12.

Die Konkursordnung bestimmt die Rangordnung, nach welcher die einzelnen Gläubiger aus einer Konkursmassa zu befriedigen sind, nach Classen. Diesem ist es entsprechend, daß eine Forderung, der in Hinsicht der Befriedigung ein Vorrang vor einer andern gebührt, dergestalt, daß derjenige, der letztere zu stellen hat, gar keine Zahlung erlangt, wenn nicht derjenige, dem die erstere Forderung gebührt, ganz befriedigt wird, auch eine vorzüglichere Klasse zugewiesen wird. Da nun die in dem gegenwärtigen §. unter der Zahl 4 aufgeführten Forderungen nur dann und in so weit zur Zahlung gelangen, als nach Befriedigung der sub 1, 2 und 3 aufgeführten Forderungen noch etwas erübriget, so halte ich es systemwidrig die ersteren in eine Klasse mit den letzteren zu setzen, sondern glaube, daß für jene eine eigene, nämlich die zweite Klasse bestimmt werden sollte. —

Die Ansicht, von welcher hier bei der Behauptung ausgegangen wurde, daß die Einreihung der hier Nr. 4 erwähnten Forderungen in eine Klasse mit den vorhergehenden dem Begriffe einer Klassifizirung nicht entspreche, wird indirekt in den Motiven selbst als richtig anerkannt.

In der gegenwärtig noch geltenden Konkursordnung werden §. 23 in die sechste Classe jene Gläubiger gesetzt a), welche aus einer bloß wohlthätigen Handlung des Verschuldeten zu fordern haben, und dann b) nach diesen der Fiskus mit den ihm zuerkannten Strafgeldern; und ich habe schon bei Bearbeitung des Kommentars dieser Konkursordnung, welche im dritten Theile meiner Erläuterung der Gerichtsordnung hätte erscheinen sollen, dessen Herausgabe aber aus Anlaß der eingetretenen Ereignisse in Voraussetzung der Umgestaltung unseres Gerichtsverfahrens unterlassen worden ist, aus obigem Grunde bemerkt, daß für diese Strafgelder eigentlich eine siebente Klasse hätte bestimmt werden sollen, und die Einreihung derselben in die sechste Klasse dem Begriffe der Klassifikation nicht entspreche. Ein Gleiches erkennen auch die Motive zu dem gegenwärtigen Entwurfe an, da in diesen zu §. 18 bemerkt wird: „In der sechsten „Klasse der alten Konkursordnung standen als erste vorausgehende Abtheilung derselben, also eigentlich als eine besondere Klasse jene Gläubiger, die aus einer wohlthätigen Handlung des Kridatars zu fordern „haben." Ist dieses nun nicht der Fall in Ansehung der in dem gegenwärtigen §. sub 1, 2 und 3 erwähnten Forderungen im Gegensatze zu den Nr. 4 vorkommenden?

Wird der Grundsatz festgehalten, daß in eine und dieselbe Klasse jene Gläubiger zu versetzen seien, welche unter sich kein Vorrecht genießen *), so folgt von selbst, daß, wenn die Masse zu ihrer vollen Befriedigung nicht zureicht, dieselbe unter die in diese Klasse versetzten Gläubiger nach Verhältniß des Betrages ihrer Forderungen zu vertheilen sei, und es ist dann überflüssig, dieses bei jeder einzelnen Klasse zu wiederholen, wie in den §§. 12, 13, 14 und 17 geschieht.

Zu §. 17.

Die Anordnung, daß die während der Dauer des Konkurses bis zur Vornahme der Vermögens-Vertheilung für jede Klasse laufenden Kapitals-zinsen, welche mit keinem Pfandrecht bedeckt sind, des Vorrechtes beraubet werden, welches den seit drei Jahren vor Ausbruch des Konkurses verfallenen Rückständen an Kapitalszinsen gebührt, und diese fortlaufenden Interessen sogar in eine Klasse mit den länger als drei Jahre vor Ausbruch des Konkurses rückständigen Zinsen gereihet werden, dürfte eines rechtlichen Prinzipes entbehren. —

Als Grund dieser Abänderung wird in den Motiven nur die Einfachheit des Verfahrens angegeben. Allein liegt darin wohl ein zureichender Grund von einem Rechtsprinzipe abzuweichen?

Zu §. 18.

In die sechste Klasse der gegenwärtig noch bestehenden Konkursordnung, welche nach dem vorliegenden Entwurfe die fünfte ist, sind, wie auch in den Motiven zu diesen bemerkt wird, vorerst jene Gläubiger gesetzt, welche aus einer wohlthätigen Handlung des Kridatars, z. B. aus einer Schenkung zu fordern haben. In dem gegenwärtigen Entwurfe wird nun diese Abtheilung der sechsten und letzten Klasse der gegenwärtig bestehenden Konkursordnung ganz weggelassen, und sohin jene Gläubiger, welche bei Nichtüberkommung ihrer Forderungen nur einen Gewinnst-Entgang erleiden, jenen Gläubigern ganz gleich gestellt, die dadurch einen positiven Schaden dulden müssen. Wenn sohin Jemand dem Kridatar aus seinem sich durch angestrengten Fleiß erworbenen Vermögen 1000 fl. geliehen hat, so ist er Demjenigen, dem der leichtsinnige Schuldenmacher in einer wohlthätigen Laune eine Schenkungsurkunde über 1000 fl. ausgestellt hat, ganz gleich gehalten, und wenn somit nur mehr 1000 fl. zur Vertheilung erübrigen, muß der Darleiher dem Geschenknehmer hievon die Hälfte mit

*) Hievon machen nur jene Forderungen eine Ausnahme, denen ein Pfandrecht zu Statten kommt, welche nicht vermög ihrer Eigenschaft, sondern nur nach der Zeit, als das Pfandrecht erlegt worden ist, ein Vorrecht vor den andern mit dem nämlichen Pfandobjekte bedeckten Forderungen zu genießen haben.

500 fl. überlassen. Ist dieses wohl der Billigkeit entsprechend? — Das bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet an verschiedenen Stellen immer genau den wirklich zugegangenen Schaden von dem bloßen Entgange des Gewinnes, und begünstiget die Forderungen der ersteren Art vor denen der letzteren. (§§. 1323—1324.) Warum soll eine ähnliche Unterscheidung nicht auch bei Klassifizirung der Forderungen eintreten?

In den Motiven wird diese Hinweglassung der Bestimmung unserer gegenwärtigen Konkursordnung dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß nach den gesetzlichen Vorschriften die Morgengabe und der Witwengehalt unter die Schenkungen zu zählen wären — der Witwengehalt aber nicht füglich unter die Schenkungen gerechnet werden könne, weil er in dem Heiraths-vertrage einen eigentlichen Rechtstitel hat, und daß eben so wenig die Morgengabe unter die wohlthätigen Handlungen des Kridatars gezählt werden könne, wenn sie in den Ehepakten bedungen worden ist, und daß sie außerdem ohnehin keine Klage rechtlich begründet; ferner daß die Erörterung der Frage, was zu den wohlthätigen Handlungen des Kridatars zu rechnen sei, oder nicht, nur Anlaß zu Prioritäts-Streitigkeiten gebe; endlich daß Schenkungen, welche wirklich zur Beeinträchtigung der Gläubiger geschlossen worden sind, ohnehin nach §. 983 bürgl. Gesetzbuch angefochten werden können, daß aber außer diesem Falle die Schenkung, die meistentheils auch ihre gegründete Veranlassung hat, einen eben so gültigen Rechtstitel, wie andere Forderungen habe.

Ich weiß nicht, worauf sich die Behauptung gründet, daß die Morgengabe der Ehegattin kein Klagerecht gewähre, wenn sie nicht selbst in den Ehepakten bedungen worden ist. Ist sie der Braut von ihrem angehenden Ehegatten nur mündlich zugesichert worden, so kann freilich nach §. 943 a. b. G. B. die Gattin wegen unterlassener Uebergabe derselben keine Klage führen, warum soll sie aber dieses Klagerechtes in dem Falle beraubt sein, wenn die Morgengabe zwar nicht in den Ehepakten bedungen, der angehenden Ehegattin aber mittelst einer eigenen Urkunde zugesichert worden ist?

Uebrigens will ich hier in eine tiefere Untersuchung der Frage nicht eingehen, ob die Gesetzgebung darin Unrecht gehabt habe, die Morgengabe und den Witwengehalt als eine Schenkung zu bezeichnen; aber die Frage erlaube ich mir zu stellen, wie es sich rechtfertigen lasse, Forderungen, die wirklich aus wohlthätigen Handlungen des Kridatars entspringen, deßhalb den übrigen Forderungen gleich zu stellen, weil die Morgabe und der Witwengehalt von der Gesetzgebung unrichtig als Schenkungen erklärt werden? Würde aus der obigen Behauptung nicht vielmehr die Folgerung gezogen werden müssen, daß die Morgengabe und der

Witwengehalt als keine solchen wohlthätigen Handlungen anzusehen, sohin so wie die übrigen Forderungen, von denen der §. 14 Erwähnung macht, zu klassifiziren seien.

Die fernere Bemerkung, daß die Unterscheidung, was unter die wohlthätigen Handlungen des Kridatars zu rechnen sei, oder nicht, nur Anlaß zu Prioritätsstreitigkeiten gebe, dürfte hier zur Rechtfertigung der Aufhebung jedes Unterschiedes der gedachten Forderungen gleichfalls nicht genügen. Denn hält man den Begriff „wohlthätige Handlung" wirklich so unbestimmt, daß man befürchtet, es möchten sich in Ansehung der Frage, ob diese oder jene von einem Gläubiger angemeldete und liquidirte Handlung des Kridatars sich stütze, Zweifel ergeben, und dadurch mehrere Prioritäts-Streitigkeiten hervorgerufen werden, so kann dieses nur einen gegründeten Anlaß zu einer nähern Erklärung geben, was unter einer wohlthätigen Handlung zu verstehen sei. Schenkungen gehören nach §. 23 unserer gegenwärtigen Konkursordnung für jeden Fall unter die wohlthätigen Handlungen, allein da sie nach dieser Gesetzesstelle nur einen Theil derselben bilden, so ist der Begriff „wohlthätige Handlungen" nach dem Sinne derselben etwas weiter auszudehnen. Wie weit aber? hierüber mangelt eine gesetzliche Bestimmung, und es ist nicht zu verkennen, daß es schwer falle eine genaue Definition einer wohlthätigen Handlung zu geben, obschon ich sie nicht für unmöglich halte. — Die oben erwähnte, in den Motiven vorkommende Bemerkung dürfte daher höchstens nur die Veranlassung geben, die im ersten Absatze des §. 23 der a. K. O. enthaltene Bestimmung auf Schenkungen, deren Begriff in den §§. 938. 940—942 des b. G. B. festgestellt ist, zu beschränken.

Gegen die Bemerkung, daß Schenkungen, welche wirklich zur Beeinträchtigung der Gläubiger geschlossen worden sind, nach §. 953 b. G. B. ohnehin angefochten werden können, muß vorerst bemerkt werden, daß dieses Recht nicht allen Gläubigern zustehe, sondern bloß denjenigen, die zur Zeit der Schenkung bereits vorhanden waren, und nur in so weit, als sie durch die Schenkung wirklich verkürzt worden sind. In dem Liquidations-Prozesse, der zwischen dem Gläubiger, und dem zur Vertheilung der Gesammtmasse und nicht bloß einzelner Gläubiger aufgestellten Massevertreter abgeführt wird, und bei welchen noch nicht bekannt sein kann in wie weit die Gläubiger durch die Schenkung verletzt erscheinen, kann daher die Ungültigkeitserklärung einer Schenkung noch nicht in Anspruch genommen werden. Wird aber die Forderung als liquid erkannt, so ist sie nach dem vorliegenden Entwurfe in die 3. Klasse zu versetzen, und es haben alle Gläubiger dieser Klassen an dem Vermögen, welches nach Befriedigung der ihnen vorgehenden Gläubiger übrig bleibt, nach Ver-

hältniß ihrer Forderung ohne Unterschied, wie der §. 14 ausdrücklich ausspricht, Theil zu nehmen.

Wenn zwischen Schenkungen und andern Forderungen z. B. solchen, welche aus einem Darleihen herrühren, aus dem Grunde kein Unterschied gemacht werden soll, weil beide einen gültigen Rechtstitel haben, so würde man dadurch auch zur Behauptung berechtigt sein, daß eine Klassifizirung der Forderungen überhaupt hinwegfalle, weil jede Liquiderkennung einer Forderung das Vorhandensein eines giltigen Rechtstitels voraussetzt. Hatte aber der Geschenknehmer schon vor Ausstellung der Schenkungsurkunde einen giltigen Rechtstitel auf dem geschenkten Betrage, so ist die sogenannte Schenkung im rechtlichen Sinne keine Schenkung. (§. 941 b. G. B.)

Zu §§ 27, 36, 117, 119.

Der §. 27 ordnet an, daß nach Eröffnung des Konkurses zugleich alles zur Konkursmasse gehörige Vermögen in die enge Sperre genommen, und wegen Errichtung eines Inventars das Nöthige verfügt werden solle. Hier wären nun nähere Bestimmungen darüber wünschenswerth, was zu veranlassen sei, um in die genaue Kenntniß des vorhandenen Aktiv-Vermögens zu kommen, und dasselbe sicher zu stellen.

Es können nämlich zur Zeit der Eröffnung des Konkurses Vermögensstücke des Kridatars in den Händen dritter Personen sich befinden, welche denselben zur Aufbewahrung übergeben, geliehen oder als Pfand eingehändigt worden sind, von welchen Verhältnissen die Konkursinstanz, besonders wenn der Kridatar verstorben wäre, oder auf der Flucht sich befände, keine Kenntniß hat. Soll es hier blos dem guten Willen Derjenigen, in deren Händen sich solche Sachen befinden, überlassen sein, ob und wann sie hievon dem Konkursgerichte die Anzeige machen wollen? Gegen unredliche Inhaber solcher Gegenstände werden freilich wenig ergiebige Vorkehrungen getroffen werden können, um sie zur Angabe derselben zu vermögen; aber der bloßen Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit wäre doch einigermaßen zu steuern.

Ich würde daher deßhalb vorschlagen, in dem Konkursedikte eine allgemeine Aufforderung ergehen zu lassen, daß alle Jene, welche von in fremden Händen befindlichen Vermögensstücken des Kridatars oder dessen allfälligen Aktiv-Forderungen Wissenschaft haben, die Anzeige bei der Konkursinstanz machen mögen. Diejenigen aber, welche selbst solche Vermögensstücke als Verwahrer oder Entlehner in Händen haben, wären aufzufordern, binnen einer bestimmten Zeit um so gewisser die Anzeige

hievon zu machen, als, wenn sie diese unterließen, sie nicht nur für jeden der Konkursmasse durch Verlust oder Verschlechterung aus ihrem Verschulden zugegangenen Schaden, sondern auch für den bloß zufälligen, insofern er sich nach Verlauf des Anzeige-Termines ereignet hätte, verantwortlich wären. Setze man z. B. den Fall, Jemand habe Sachen des Kridatars in Aufbewahrung, mache aber hievon nicht etwa in der Absicht sich dieselben zuzueignen, sondern aus bloßer Nachlässigkeit und Bequemlichkeit keine Anzeige. In der Zwischenzeit werden sie ihm nun durch gewaltthätigen Einbruch entwendet oder gehen auf eine andere Art, jedoch ohne sein Verschulden, zu Grunde. Ist nun demselben kein Termin bestimmt worden, binnen welchem er die Sache der Konkurs-Instanz zu übergeben oder wenigstens anzuzeigen habe, so wird derselbe nach §§. 964 und 979 kaum zu einem Schadenersatze verhalten werden können. Wird aber schon in dem Konkursedikte ein Termin bestimmt, bis zu welchem derlei Personen die Anzeige von den in ihrer Innehabung befindlichen Sachen zu machen haben, so kann ihm diese widrige Folge seiner Vernachlässigung der Anzeige mit Recht angedrohet werden, und er wird sich auch dadurch veranlaßt finden, diese Anzeige zu erstatten.

Im §. 36 heißt es: daß Gläubiger, welche bewegliches Vermögen eines Gemeinschuldners mit einem Pfand- oder Retentionsrecht in Händen haben, zwar verpflichtet seien, dasselbe zur Verzeichnung und Schätzung vorzuweisen, und zur Vornahme der gerichtlichen Versteigerung auszuliefern, daß sie jedoch nicht angehalten werden können, den Besitz (eigentlich Innehabung, denn der Ausdruck „Besitz" entspricht hier der im §. 309 b. G. B. enthaltenen Erklärung dieses Ausdruckes nicht) desselben vorher aufzugeben. — Durch das Belassen derlei Vermögensstücke des Kridatars in den Händen des Gläubigers wird auf der einen Seite die Konkursmasse einer größeren Gefahr des Verlustes oder einer Beschädigung ausgesetzt, als wenn der Gläubiger (der übrigens erst ausweisen muß, daß er Gläubiger ist) verhalten würde, die Sache der Konkursmasse zu extradiren und sie daher dem Massenverwalter und Gläubiger-Ausschuße oder wohl auch dem Gerichte selbst zur Aufbewahrung zu übergeben, und auf der andern Seite erlangt der Gläubiger durch das Belassen der Sache in seiner Innehabung keinen reellen Vortheil, indem ihm immer das Recht vorbehalten bleibt, aus dem Erlöse des Pfandes seine Befriedigung zu erlangen, er mag die Sache der Konkursmasse-Verwaltung ausliefern oder in seinen Händen behalten. —

Ein redlich und klug handelnder Gläubiger wird sich vielmehr selbst bestimmt finden, die ihm als Pfand übergebene Sache der Konkursmasse-Verwaltung auszuhändigen, indem er durch das Behalten derselben in

seiner Verwahrung kein Recht erlangt, das ihm nicht auch im Falle der Ausfolgung zustände, und er dadurch nur die Verpflichtung des Verwahrers auf sich lastet. Wenn unter zweien Verfügungen, zwischen welchen dem Gesetzgeber die Wahl freisteht, wovon die eine keinem Theile, die andere aber einem derselben schädlich werden kann, so ist gewiß die erstere vorzuziehen.

Was die Aktivforderungen der Masse anbelangt, so ist der Massenverwalter nach §. **124** angewiesen, selbe gütlich oder gerichtlich einzubringen. Nun kann es aber geschehen, daß sich darunter Forderungen befinden, welche noch nicht fällig sind. Der Massenverwalter kann nun aber vor der Verfallzeit zur Einbringung derselben nicht schreiten. Ist nun die Verfallszeit herbeigekommen und schreitet der Masseverwalter zur Einbringung derselben, so kann es geschehen, daß sich der Schuldner über die bereits geleistete Zahlung ausweiset, oder eine Gegenforderung in Abzug bringt, woraus sich dann erst offenbaret, daß diese Aktivforderungen wenigstens in dem angesetzten Betrage irrig in den Massastand aufgenommen wurden. Der auf diese Art irrig angesetzte Aktivstand kann nun auch Veranlassung geben, daß in der Meinung, es seien hinreichende Güter zur Deckung vorhanden, zum Nachtheile der andern Gläubiger Vorauszahlungen geleistet werden, die nicht geleistet worden sein würden, wenn man von diesen Verhältnissen Kenntniß gehabt hätte. Diesem Uebelstande zu begegnen, sollte der Massen-Verwalter angewiesen werden, auch noch vor Ablauf der Verfallzeit auf vorläufige Liquidirung und insoferne es gesetzlich zuläßig ist, mittlerweilige Sicherstellung der noch nicht fälligen Forderungen zu bringen. —

Vielleicht noch bedenklicher und der Aktivmasse des Kribatars mehr gefahrdrohend ist die im §. **119** ausgesprochene Anordnung, daß Derjenige, welcher den Wechsel eines Dritten als Unterpfand für seine Forderungen an den Gemeinschuldner besitzt, berechtiget ist, ohne Anmeldung bei der Konkursmassa des letzteren die Bezahlung von dem Wechselschuldner auf Rechnung seiner Forderung selbst zu erheben, und nur den allenfällig sich ergebenden Ueberschuß zur Konkursmasse zu erlegen. Wenn ein solcher Gläubiger auch nicht zu verhalten sein sollte, seine Forderung gegen die Masse förmlich zu liquidiren, so sollte er doch verpflichtet werden, diese Forderung mit Angabe der in Händen habenden Deckung binnen des festgestellten Termins bei der Konkursmasse anzumelden. Wie leicht kann sonst die Konkursmasse nicht nur durch Unredlichkeit, sondern auch durch Fahrläßigkeit des Pfandgläubigers oder unzeitige Nachsicht desselben zu Schaden kommen. Selbst eine förmliche Liquidirung seiner Forderung sollte hier nicht umgangen werden. — Denn ich sehe nicht ein, warum

man Demjenigen, der einen Wechsel eines Dritten als Unterpfand für seine Forderungen von dem Gemeinschuldner in Händen hat, ein größeres Zutrauen schenkt, als demjenigen, der eine andere Sache als Pfand inne hat.

Zu §. 28.

Hier wäre es wünschenswerth beizufügen, daß, wenn sich in der Provinz, wo der Konkurs eröffnet wird, unbewegliche Güter des Schuldners befinden, diese auch in dem Edikte namentlich bezeichnet werden sollen, weil der Gemeinschuldner nicht immer auch persönlicher Schuldner jener Forderungen ist, die auf ein solches Gut grundbücherlich versichert sind. Würde nun in einem solchen Falle übersehen, alle auf das Gut versicherten Gläubiger insbesonders von der Eröffnung des Konkurses zu verständigen, so wäre das Edikt, wenn es nur ganz allgemein enthält, daß der Konkurs über das in der Provinz liegende unbewegliche, und das bewegliche Vermögen des Schuldners eröffnet werde, und nicht namentlich des Gutes eine Erwähnung macht, das zur Konkursmasse gehört, und auf welchem somit die fraglichen Forderungen haften, nicht geeignet, denjenigen Gläubiger, dessen besondere Verständigung übergangen worden ist, zur Anmeldung seiner Forderung aufzufordern.

Zu §. 37

In diesem §. ist angeordnet, daß, wenn dem Verschuldeten vor Eröffnung des Konkurses eine Erbschaft angefallen ist, deren Einantwortung bis zu dem Tage des angeschlagenen Ediktes noch nicht erfolgt war, der Richter das Vermögen des Erben von dem Vermögen des Erblassers von Amtswegen abzusondern, und in das Inventar über die Konkursmasse des Erben nur denjenigen Betrag des Verlassenschaftsvermögens zu ziehen habe, der davon nach Abzug der Schulden, Vermächtnisse und Gebühren übrig bleibt. Hat der Kridatar bis zur Anschlagung des Ediktes die Erbschaft noch gar nicht oder mit Vorbehalt der Rechtswohlthaten der Inventur angetreten, so ist wohl gegen diese Anordnung nichts zu erinnern. Wie aber, wenn er die Erbschaft bereits unbedingt angetreten hat, und sich nach Abschluß des über das Erbschaftsvermögen aufgenommenen Inventars ergibt, daß die Passiven (mit Inbegriff der Vermächtnisse) den Aktivstand übersteigen, muß in diesem Falle dadurch die unbedingte Erbserklärung der Kridatar allen Verlassenschaftsschuldnern mit Inbegriff

der Vermächtnißnehmer verantwortlich wurde (§. 801 a. b. G. B.) nicht auch der Abgang in den Passivstand des Krida = Inventars übertragen werden?

Ferner heißt es in diesem §., daß im Falle der §. 26 ein besonderer Konkurs über das Vermögen des Erblassers zu eröffnen sei. Dieser §. enthält aber den Fall, wenn Jemand von bekannt zerrütteten Vermögensumständen flüchtig wird oder sich verborgen hält, und man hievon keine andere Ursache als seine Zahlungsunfähigkeit vermuthen kann. — Wer soll nun aber in dem Falle, von dem der §. 37 spricht, flüchtig geworden sein oder sich verborgen halten? — Von dem todten Erblasser kann wohl bei Beantwortung dieser Frage keine Rede sein. Sohin könnte hier nur der in Krida verfallene Schuldner gemeint sein. Allein warum soll in dem Falle, als der Kridatar entweicht oder sich verborgen hält, über das Vermögen des vielleicht sehr soliden Erblassers der Konkurs eröffnet werden? — wie kann man aus der Flucht des Schuldners auf eine bestehende Zahlungsunfähigkeit des Erblassers schließen? —

Vielleicht beruht aber hier die Berufung auf den §. 26 auf einen Schreib- oder Druckfehler. Welcher §. könnte aber wohl hier gemeint sein? Ich finde keinen andern hier passend, als den §. 23 Nr. 2. Sollte nun aber dieser an die Stelle des §. 26 gesetzt werden, so finde ich das der Citirung dieses §. vorhergehende Wort „oder" nicht damit harmonirend. Denn der §. 37 setzt voraus, daß zur Zeit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners den letzteren bereits eine Erbschaft angefallen war, und noch kein Konkurs über dieselbe eröffnet worden ist.

Ist nun aber dieses der Fall, so muß es immerhin bei der Anordnung des gegenwärtigen §. verbleiben, daß der Richter das Vermögen des Erblassers von Amtswegen absondern, über die Verlassenschaft ein besonderes Inventar errichten und zur Abhandlung einen eigenen Kurator bestellen müsse. Wenn nun dieses geschehen ist, dann erst kann der in §. 23 Nr. 2 berührte Fall eintreten, und daher der Richter zur Verhängung eines besonderen Konkurses über das Vermögen des Erblassers schreiten. — Es sollte also in diesem Falle anstatt des Bindewortes „oder" das Bindewort „und" gesetzt werden.

Uebrigens frägt es sich hier, ob denn der Konkursrichter auch dann einen Konkurs über das Vermögen des Erblassers eröffnen könne, wenn er nicht zugleich Abhandlungsinstanz des Erblassers ist? welche Frage nach §. 19 wohl verneinend zu beantworten sein dürfte, obwol die Stylisirung des gegenwärtigen §. auf das Gegentheil hindeutet. Ueberhaupt setzt der Eingang des §. 37 den Fall, daß das Konkursgericht zugleich Abhandlungsinstanz des Erblassers ist, dessen Vermögen dem Kridatar

erblich zugefallen ist, gleichsam als regelmäßig voraus und betrachtet das Gegentheil als Ausnahme, da doch das eine so gut als das andere eintreten kann. Es wäre vielmehr hier natürlicher die Konkursinstanz von der Abhandlungsinstanz als getrennt zu behandeln, und dann erst festzusetzen, welche Vorkehrungen zu treffen seien, wenn sich beide in einer Behörde vereinigen.

Zu §. 40.

In diesem §. wird der Konkursrichter angewiesen, den Massavertreter genau zu beobachten, und zur gründlichen und zweckmäßigen Behandlung der Geschäfte und schleunigen Beendigung des Konkurses anzuhalten. — Wie ist nun dieses zu bewerkstelligen? Die Geschäfte des Massavertreters als solchen bestehen eigentlich in der Vertheidigung der Gesammtmasse der Gläubiger gegen die Ansprüche der einzelnen Gläubiger. — Der Massavertreter behandelt sohin sein Geschäft dann mit Gründlichkeit und Zweckmäßigkeit, wenn er alle zur Vertheidigung der Massa gegen die Ansprüche der einzelnen Gläubiger vorhandenen Beweis- und Rechtstitel in Anwendung bringt. Wenn nun der Richter in der Verhandlung bemerkt, daß der Massavertreter von Beweismitteln oder Einwendungen, die ihm zu Gebote standen, keinen Gebrauch machte, indem er z. B. vernachlässigt hat, über den einen oder andern Umstand, zu dessen Bewahrheitung er zwar Urkunden oder Zeugenbeweise beigebracht hat, in Ansehung deren es aber zweifelhaft ist, ob er damit auslangen werde, auch dem Kridatar den Haupteid aufzutragen oder wenn er, wo dieses zweckdienlich gewesen wäre, übersehen hat, der Forderung die Einwendung der Verjährung entgegen zu setzen, — kann der Richter den Massavertreter anhalten, den Haupteid aufzutragen, oder von der Einwendung der Verjährung Gebrauch zu machen?

Ueberhaupt hat der Richter als solcher die Interessen beider streitenden Theile mit gleicher Sorgfalt wahrzunehmen, und nicht einem aus den streitenden Theilen einen besondern Schutz angedeihen zu lassen. Gibt er zu erkennen, daß ihm das Interesse des einen Theils mehr am Herzen liege, als das des andern, und geht sein Streben dahin, dem ersteren mehr Aufmerksamkeit zu schenken, als dem letzteren, und dasselbe mehr zu befördern, so überschreitet er die Sphäre in die er als Richter eingeschlossen ist. Der Kreditoren-Ausschuß hat die Aufgabe für das Interesse der Gesammtgläubiger zu sorgen, ihm soll daher auch die Aufsicht über das Benehmen des Massavertreters zugewiesen werden.

Zu §. 42.

Dieser §. spricht das Nämliche aus, was die Hofdekrete vom 16

Juli 1787 Nr. 695 und 14. Februar 1818 Nr. 1419 verordnen, daß nämlich bei der Wahl des Massaverwalters und Kreditoren-Ausschusses, die Mehrheit der Stimmen nicht nach der Zahl der Gläubiger, sondern nach dem Betrage der Forderungen zu berechnen sei. Durch diese Anordnung erhalten jene Gläubiger, die größere Forderungen zu stellen haben, ein bedeutendes Uebergewicht über eine vielleicht große Mehrheit der andern; denen doch eben so sehr daran liegt, daß das Vermögen zweckmäßig verwaltet werde. Diejenigen, die die größten Forderungen zu stellen haben, sind auch gewöhnlich die Vermöglicheren, und sie können eher geneigt sein, über Sachen hinauszugehen, die in ihren Augen als Kleinigkeiten erscheinen; Denjenigen aber, die kleine Forderungen zu stellen haben, empfindlicher fallen. Uebrigens stelle ich diese Bemerkung nur zu einer allfälligen nähern Würdigung der Frage hin, ob die Stimmenmehrheit nicht vielmehr nach der Anzahl der Gläubiger, als nach dem Betrage der Forderungen berechnet werden solle, ohne mich schon dadurch für das erstere auszusprechen. —

In dem Hofdekrete vom 14. Februar 1818 heißt es: daß die Stimmenmehrheit nach dem Betrage der angemeldeten Forderungen zu berechnen sei. In dem gegenwärtigen §. ist das Wort „angemeldet" hinweggelassen. Sollte dieses absichtlich geschehen sein, und hier bloß die bereits als liquid sich darstellenden Forderungen in Rechnung zu bringen sein?

Ferner fragt es sich hier, wie die Forderungen jener Gläubiger zu berechnen seien, welche auf unbewegliche Güter, für welche ein besonderer Verwalter aufgestellt ist, intabulirt sind, und welche daher bei der allgemeinen Konkursmassa nur in so weit interressirt sind, als sie aus dem Kaufschillinge für die Hypothek nicht zur Zahlung gelangen?

Endlich heißt es am Schluße des gegenwärtigen §., daß, wenn die Stimmen (die nach dem Betrage der Forderungen berechnet werden müssen) gleich getheilt sind, der Richter den einen oder den andern Antrag genehm zu halten habe. Wäre es hier nicht zweckmäßiger, die Anzahl der Personen zu berücksichtigen und wenigstens in diesem Falle die Mehrheit der Stimmen nach der Anzahl der Personen zu berechnen, wie dieses in dem §. 357 der allg. G. O. bei Behandlung der Gläubiger angeordnet ist — und nur in dem kaum gedenkbaren Falle, als auch nach dieser Berechnung keine Stimmenmehrheit erreicht werden könnte, es dem Ermessen des Richters zu überlassen, welchen Antrag er zu genehmigen erachte?

Zu §. 50.

Hier heißt es, daß zu Mitgliedern des Ausschusses die im Gerichtsorte oder wenigstens nicht weit davon wohnenden Gläubiger zu

wählen seien. Dann heißt es: daß auswärtige Gläubiger dazu nur unter der bei dem Vermögens-Verwalter festgesetzten Bedingung zu wählen seien. Diese besteht aber nach §. 48 darin, daß der Fremde bis zur Beendigung des Konkurses in der Provinz, wo sich die Konkursinstanz befindet, seinen Aufenthalt nehme. Wenn sohin in Linz ein Konkurs über das Vermögen eines dortigen Bürgers eröffnet wird, so kann ein in Braunau förmlich ansäßiger und auch daselbst wohnender Gläubiger zu einem Gläubiger-Ausschusse nicht gewählt werden, weil Braunau doch immerhin von Linz weit entfernt gelegen ist. Würde auf einem in Baiern domizilirenden Gläubiger die Wahl fallen und dieser sich anheischig machen, seinen Aufenthalt bis zur Beendigung des Konkurses in Braunau zu nehmen, so könnte nach gegenwärtiger Vorschrift gegen diese Wahl kein Anstand genommen werden. Worauf gründet sich diese Begünstigung der Fremden vor den Einheimischen?

Zu §. 52.

Hier ist angeordnet, daß, wenn der Schuldner ein unbewegliches Vermögen in einer andern Provinz besitzt, auch in dieser die Eröffnung des Konkurses bekannt gemacht, die Sperre angelegt, ein besonderes Inventar errichtet, ein eigener Massavertreter bestellt, und für die Verwaltung Vorsorge getroffen werden müsse, und daß sich deßhalb die allgemeine Konkurs-Instanz unverzüglich an das Gericht zu wenden habe, welchem die persönliche Gerichtsbarkeit über den Gemeinschuldner zustehen würde, wenn er auf dem in der andern Provinz liegenden Gute seinen Wohnsitz hätte. An welche Gerichtsbehörde hat sich nun aber die allgemeine Konkursinstanz in dem Falle zu wenden, wenn der Schuldner in der andern Provinz mehrere, in verschiedenen Gerichtsbezirken liegende unbewegliche Güter besäße?

Hätte der gegenwärtige Entwurf bereits Gesetzeskraft, so würde ich als allenfälliger Kommentator dieses Gesetz gar keinen Anstand nehmen zu lehren, daß es in dem Belieben der allgemeinen Konkursinstanz stehe, sich an die eine oder andere jener Behörden zu wenden, die in jenen Distrikten, wo sich diese unbeweglichen Güter befinden, die Personal-Gerichtsbarkeit ausüben; da aber gegenwärtig das Gesetz noch im Entwurfe vorliegt, so muß ich den Wunsch aussprechen, daß darüber im Gesetze eine Erklärung erscheine.

Zu §. 78.

Hier heißt es, daß, wenn die Pfandgläubiger zu weit entfernt, außer Landes oder unbekannten Aufenthaltes wären, so nach Ermessen

des Richters entweder durch eine Verordnung, die ihnen mittelst der Post zuzusenden ist, oder durch ein Edikt, jedoch ohne Aufstellung eines Kurators namentlich aufgefordert werden, binnen der allgemeinen Ediktalfrist ihre Forderungen anzumelden. Hier finde ich nun vorläufig zu bemerken, daß wenn der Gläubiger unbekannten Aufenthaltes ist, es wohl nicht dem Ermessen des Richters anheim gestellt werden könne, ob er den Gläubiger durch eine Verordnung, die ihm durch die Post zuzusenden ist, zur Anmeldung seiner Forderung aufzufordern erachte. Ist aber der Aufenthaltsort des Gläubigers bekannt, warum soll wohl der Richter ermächtiget sein die Verständigung des Gläubigers durch ein Edikt zu verfügen, da sie doch durch Zustellung einer Verordnung zu dessen eigenen Händen viel sicherer erreicht wird, als durch ein Edikt, welches in den Zeitungsblättern eingeschaltet wird, und dessen Einrückung in auswärtige Zeitungsblätter, welche, wenn der Gläubiger im Auslande sich befände, nach der Analogie der Vorschrift des §. 30 zu geschehen hätte, mit größeren Umtrieben verbunden ist.

Es dürfte daher der § 78 in dieser Beziehung richtiger auf folgende Art textirt werden: „Wären die Pfandgläubiger zu weit entfernt, außer „Landes oder unbekannten Aufenthaltes, so werden sie, je nachdem der „eine oder andere Umstand hier eintritt, entweder durch eine Verordnung, „die ihnen durch die Post zuzusenden ist, oder durch ein Edikt namentlich aufgefordet u. s. w.“

Die in diesem §. enthaltene Anordnung, zufolge welcher in dem Falle, als wegen unbekannten Aufenthaltes des Gläubigers die Aufforderung zur Anmeldung der Forderung durch ein Edikt geschieht, die Aufstellung eine Kurators zu unterlassen ist, läuft offenbar der Vorschrift des §. 276 b. G. B. entgegen. In den Motiven findet man den Grund dieser von den Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches abweichende Vorschrift nicht angegeben. — Es enthält zwar auch das Hofdekret vom 18. Sept. 1801 Nr. 538 die Bestimmung, daß den unbekannten Pfandgläubigern kein Vertreter zu bestellen sei, weil es kein Gesetz vorschreibt. Allein es wurde dagegen schon von einem andern Schriftsteller bemerkt *), daß dieses Hofdekret durch den §. 276 b. G. B. außer Wirksamkeit gekommen sei.

Zu §§. 82 und 83.

Den eigentlichen Sinn dieser beiden §§. vermag ich nicht aufzufassen. — In dem erstern ist gesagt, daß die Anmeldung des Gläubigers,

*) Siehe Wessely Handbuch des gerichtlichen Verfahrens.

der keine besondere Vorladung erhalten hat, dadurch geschehe, daß er schriftlich oder mündlich dem Gerichte seine Forderung anzeigt, und daß, wenn er in der schriftlichen Anmeldung sein Begehren nicht mit Bestimmtheit gestellt hätte, er bei der über diese Anmeldung nach §. 75 anzuordnenden Tagsatzung zur Stellung eines bestimmten Begehrens anzuweisen sei. Dadurch ist also klar ausgesprochen, daß dem Gläubiger eine schriftliche allgemeine Anmeldung seiner Forderung gestattet sei. Gleichwohl heißt es nun im §. 83, daß dem Gläubiger nur aus wichtigen Gründen eine allgemeine Anmeldung seiner Forderung gestattet werden könne. Vielleicht dürfte folgende Textirung des §. und der demselben zu Grunde liegenden Absicht entsprechen:

„Sollte der Gläubiger zur Zeit der über seine Anmeldung ange„ordneten Tagsatzung noch nicht in der Lage sein, seine Forderung näher „zu bestimmen, oder gehörig auszuführen, so kann ihm über sein vor „oder bei der Tagsatzung gemachtes Ansuchen aus wichtigen Gründen eine „angemessene Frist hiezu ertheilet werden."

Zu §. 84.

Hier heißt es, daß abwesende Gläubiger, sie mögen ihre Forderungen mündlich oder schriftlich anmelden, zur Liquidation einen in dem Gerichtsorte oder in der Nähe wohnenden Bevollmächtigten zu bestellen, und bei der Anmeldung zu benennen haben, widrigenfalls ihnen, wenn sie bloß eine schriftliche Anmeldung eingeschickt hätten, von dem Richter auf ihre Gefahr ein Vertreter bestellt werden müßte. Ich sehe nicht ein, zu welchem Zwecke der abwesende Gläubiger verhalten werden solle, überhaupt einen Bevollmächtigten zum Behufe der Liquidation zu ernennen. — Wenn es der abwesende Gläubiger vorzieht, bei Herannahen der Liquidations-Tagsatzung eine Reise nach dem Gerichtsorte zu unternehmen und persönlich bei selber zu handeln, aus welchem Grunde soll er hievon abgehalten und genöthigt werden können, sich eines Bevollmächtigten überhaupt, und insbesonders mit Ausschluß aller übrigen eines solchen sich zu bedienen, der im Gerichtsorte selbst oder in dessen Nähe wohnt. Im Interesse des Gerichtes und der als Gegner des einzelnen Gläubigers auftretenden Gesammtheit der Gläubiger kann es nur liegen, daß der abwesende Gläubiger einen im Gerichtsorte oder in der Nähe desselben wohnenden Mann als zur Annahme gerichtlicher Zustellungen bevollmächtigt namhaft mache, aber ihm einen solchen zum Behufe der Liquidation selbst aufzubringen, halte ich für eine übermäßige Beschränkung. Höchstens könnte der Gläubiger zur Bestellung eines solchen Bevollmächtigten in dem Gerichtsorte oder in der Nähe desselben

durch die Bestimmung angeeifert werden, daß die Festsetzung der Termine auf die weitere Entfernung desselben oder seines Bevollmächtigten vom Gerichtsorte keine Rücksicht genommen werden könne.

Zu §. 98.

Tritt in einem Konkurse bei der Liquidirung einer Forderung das förmliche Verfahren ein, so haben nach Anordnung des gegenwärtigen §. für das Verfahren diejenigen Vorschriften zu gelten, welche bis zum Erscheinen einer völlig neuen Prozeßordnung bisher für die Civil-Rechtspflege erlassen worden sind. Diese Vorschrift umfaßt ohne Zweifel auch das Beweisverfahren, und es ist die Kraft der rechtlichen Beweise nach den Bestimmungen der dermalen bestehenden Gerichtsordnung zu beurtheilen. Hier entsteht nun die Frage, ob dem Geständnisse des Schuldners voller Glauben zu schenken sei? — Nach der gegenwärtig sicherlich allgemein herrschenden Ansicht hat ein nach Ausbruch des Konkurses von dem Kridatar abgelegtes Geständniß keine Beweiseskraft. Allein eine ausdrückliche Vorschrift besteht hierüber nicht. — Nur von zweien Fällen macht das Gesetz eine ausdrückliche Erwähnung, in welchen das Geständniß des Schuldners als Beweismittel ausgeschlossen ist; nämlich a) bei der Güterabtretung, wo nämlich der Schuldner ein genaues Verzeichniß seines Aktiv- und Passivstandes dem Gerichte vorzulegen hat, und in Ansehung dessen ausdrücklich bestimmt ist [1]), daß das darin vorkommende Eingeständniß einer Schuld nicht zum Nachtheile der Gläubiger gereichen könne, denn im §. **1226** a. b. G. B., welcher anordnet, daß, wenn über das Vermögen des Ehemannes ein Konkurs verhängt wird, dessen nach Ausbruch des Konkurses abgegebene Bestätigung, daß er das Heirathsgut empfangen habe, gegen die Gläubiger keine Beweiseskraft habe. Allein die Richtigkeit einer hieraus zu ziehenden Folgerung, daß ein nach Ausbruch des Konkurses abgelegtes Geständniß des Schuldners überhaupt und sohin auch in anderen Fällen keine Beweiseskraft habe, wird von Einigen bestritten [2]), und die Unwirksamkeit eines solchen Geständnisses vielmehr darauf gestützt, daß die Beweiskraft des Geständnisses im Civilprozesse auf dem freien Dispositionsrechte der Geständigen beruht, welches dem Kridatar zu Gunsten seiner Gläubiger entzogen ist. Diese letztere Ansicht wird aber von ausgezeichneten österreichischen Rechtsgelehrten gleichfalls mit gutem Grunde als irrig erklärt [3]), und es kann insbesonders derselben im

---

[1]) Hofdek. vom 15. Jänner 1787 lit. u. u. Nr. 621.

[2]) Siehe Haimerl's Vorträge über den Konkurs der Gläubiger S. 129.

[3]) Siehe Pratobevera's Materialien B. III. 8. 59.

vorliegenden Falle die Bemerkung entgegengesetzt werden, daß auch dem Massevertreter kein Dispositionsrecht über das Vermögen des Kridatars eingeräumt ist, und man folglich auch aus diesem Grunde das Geständniß des Massevertreters als keinen Beweis machend erklären müßte. Aus diesen hier vorausgeschickten Bemerkungen soll nur der Antrag gerechtfertiget werden, daß in dem gegenwärtigen §. ausdrücklich beigefügt werde, daß das erst nach Ausbruch des Konkurses von dem Kridatar abgelegte Geständniß gegen die Konkursmassa nichts beweise.

Ueber die Unzuläßigkeit der Herstellung eines Beweises durch einen dem Kridatar aufzutragenden Haupteid habe ich mich schon bei einer andern Gelegenheit ausgesprochen [1], und mir ist nicht bekannt, daß die dort dafür von mir angeführten Gründe widerlegt, oder auch nur ausführlich zu widerlegen versucht worden wären. Indessen hat sich die Gesetzgebung selbst später bestimmt gefunden, sich für die Zuläßigkeit des Beweises durch einen aufgetragenen Haupteid auszusprechen. —

Da ich mich indessen von der Unrichtigkeit meiner in der oben citirten Abhandlung ausgesprochenen Ansichten immer noch nicht überzeugen kann, kann ich den Wunsch nicht unterdrücken, daß selbe einer reiflichen Würdigung unterzogen werden möchten. — Die Zuläßigkeit der Herstellung eines Beweises durch den dem Kridatar aufgetragenen Haupteid ist seit dem Erscheinen der eben citirten a. h. Entschließung um so bedenklicher geworden, als durch eine nachgefolgte allerhöchste Anordnung [2]) die schon im §. 278 der westgal. G. O. enthaltene Bestimmung, zufolge welcher es dem Ermessen des Richters überlassen worden ist, in wie weit er in dem Falle, als der aufgetragene Eid nicht zurückgeschoben werden könnte, die Entscheidung der Rechtssache bloß von der Ablegung oder Nichtablegung des dem Gegner des Beweisführers aufgetragenen Haupteides abhängig zu machen erachte, auch auf jene Länder ausgedehnt worden ist, in welchen die Vorschriften der allg. G. O. zu gelten haben.

Nach meiner Ansicht steht die Frage, ob die Auftragung des Haupteides an den Kridatar als Beweismittel zugelassen werden solle, mit der, ob dem, nach ausgebrochenem Konkurse abgelegten Geständnisse des Kridatars jede Beweiseskraft zu entziehen sei, in innigster Verbindung und ich sehe es als einen Widerspruch an, die erstere Frage bejahend und die letztere gleichfalls bejahend zu entscheiden.

Denn wird dem Geständnisse des Kridatars jede Beweiseskraft abgesprochen, so kann doch dieses aus keinem andern Grunde geschehen als

---

[1]) Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit 1838. I. 133.

[2]) A. h. Entschließung vom 23. April 1842.

weil man besorget, daß der Kridatar sich veranlaßt finden könne, einen oder den andern der sich zur Zahlung aus der Konkursmasse meldenden Gläubiger zu begünstigen, und zum Nachtheil der andern Gläubiger eine nicht bestehende Schuld als richtig anzuerkennen. —

Diese Ansicht liegt doch ganz sicherlich dem obencitirten Hofdekrete vom **15.** Jänner **1787** und dem **§. 1226** des b. G. B. zu Grunde. Nun kann aber der Kridatar den nämlichen Zweck, den er durch Ablegung eines falschen Geständnisses zu erreichen bezielet, auch bei der an ihn geschehenen Auftragung eines Haupteides erreichen, indem er nämlich den ihm auferlegten irreferiblen Haupteid gar nicht antritt, oder den angetretenen zurückschiebbaren oder unzurückschiebbaren Haupteid zwar antritt, aber dann, wenn es zur wirklichen Ablegung kommen sollte, nicht ablegt.

Setzen wir z. B. der Kridatar habe bei der Liquidations-Tagsatzung, zu der er zugezogen worden ist, bereits gerichtlich eingestanden, daß ihm seine Gattin das gegen die Konkursmasse angemeldete Heirathsgut wirklich zugezählt habe, kann nun diese nicht mit Sicherheit darauf rechnen, daß derselbe, wenn sie ihm über die Zuzählung den Haupteid aufträgt, er diesen nicht ablegen werde? — Man wird mir vielleicht darauf erwiedern, daß in einem solchen Falle der Massavertreter den Haupteid gar nicht antreten, sondern der Gattin zuschieben wird, wo dann aber die Ablegung des Eides von ihrer Seite, verbunden mit dem bereits früher abgelegten Geständnisse des Kridatars genugsame Beruhigung über die Richtigkeit ihrer Forderung gewähren. Dadurch wird nun aber indirekte dem Geständnisse des Kridatars die Wirkung eines halben Beweises zuerkannt, der durch den Eid der Ehegattin ergänzt wird. — Warum spricht sich aber das Gesetz nicht gleich klar aus, daß einem nach ausgebrochenem Konkurse abgelegten Geständnisse des Kridatars die Kraft eines halben Beweises zustehe, welche durch den Erfüllungseid des Gläubigers ergänzt werden kann?

Die Anordnung, daß einem Kridatar der Haupteid aufgetragen werden könne, wurde dadurch gerechtfertiget, daß einem Gläubiger durch den Ausbruch des Konkurses die ihm früher gegen den Kridatar zu Gebote gestandenen Beweismittel nicht entzogen werden können. — Allein aus diesem Grunde könnte ja auch dem Gläubiger das nach ausgebrochenem Konkurse abgelegte Geständniß des Kridatars als Beweismittel nicht entzogen werden. —

Mein Antrag geht nun dahin:

Der irreferible Haupteid soll im Konkursprozesse für jeden Fall ganz ausgeschlossen werden. Er hat mehr gegen sich, als ein von dem Kridatar nach Ausbruch des Konkurses abgelegtes Geständniß. Denn eine unwahre

Thatsache positiv als wahr anzuerkennen, dazu gehört eine größere Kraft zur Ueberwindung des innern Wahrheitsgefühles, als zur bloßen Verweigerung der eidlichen Bestätigung des Gegentheiles, welche mit einer bloßen Ungewißheit, Zweifel und Aengstlichkeit von einer möglichen Beschwörung einer Unwahrheit entschuldigt werden kann. In Beziehung auf einen solchen nicht zurückschiebbaren Haupteid kann auch nicht behauptet werden, daß dem Gläubiger dadurch ein Beweismittel entzogen werde, das ihm vor Eröffnung des Konkurses zu Gebote gestanden wäre, weil derselbe ohnehin nur eine Ausnahme von der Regel bildet, und weil in dem Falle, als vor Eröffnung des Konkurses aus Nebenumständen entspringende Bedenklichkeitsgründe sich ergeben hätten, der Gläubiger gleichfalls zu einem solchen Beweise nicht hätte zugelassen werden können.

Was dagegen den zurückschiebbaren Haupteid anbelangt, so folgt aus der Erklärung der Unzuläßigkeit desselben kein Nachtheil für den einzelnen Gläubiger, wohl aber die Beseitigung eines möglichen Nachtheiles für die Konkursmasse.

Der eine Forderung liquidirende Gläubiger kann sich nämlich anstatt dem Kridatar den Haupteid aufzutragen, seiner Person als Zeugen bedienen. Denn warum soll der Kridatar von der Zeugenschaft in einem solchen Liquidationsprozesse ausgeschlossen werden, da der Prozeß gegen den Massevertreter geführt wird, und der Kridatar dem liquidirenden Gläubiger nicht einmal als Streitgenosse des Massavertreters entgegen steht? — Kann doch der Kridatar von jedem Gläubiger angehalten werden, die Richtigkeit seines Vermögens und Schuldenbekenntnisses eidlich zu bestätigen, warum soll er befreit sein von der Verpflichtung das zwischen ihm und dem liquidirenden Gläubiger bestehende Rechtsverhältniß dem Konkursrichter zur Kenntniß zu bringen und seine Angaben eidlich zu bekräftigen? Beruhen die Angaben des liquidirenden Gläubigers auf Wahrheit, so erreicht er auf diese Art seinen Zweck — dem Richter von derselben die Ueberzeugung zu liefern — eben so gut als durch die Auflegung eines Haupteides, indem durch die Aussage des Kridatars als Zeugen ein halber Beweis hergestellt wird, den der Gläubiger dann durch seinen Erfüllungseid ergänzen kann. Sollte er zu besorgen haben, der Kridatar werde, ungeachtet er seine Aussage zu beeiden hat, doch in selber der Wahrheit nicht getreu bleiben, so hat er um so mehr zu befürchten, daß er den ihm aufgetragenen Eid, den er nur seines Wissens und Erinnerns zu schwören hat, ablegen werde. — Dagegen ist die Konkursmassa bei der hier in Antrag gebrachten Beweisführung gegen eine Uebervortheilung viel mehr gesichert, als durch die Gestattung des dem Kridatar aufzutragenden Haupteides, indem mehrere Kridatare, die sich zur Ablegung ei-

ner eidlich falschen Aussage nicht entschließen würden, sich doch bestimmt finden können, die Entscheidung der Streitsache entweder von der Eidesablegung des unredlichen Liquidanten abhängig zu machen, oder selbst diesen von der Gewissenslast eines Meineides dadurch zu befreien, daß sie den aufgetragenen Eid abzulegen erklären, aber diesen dessenungeachtet nicht ablegen. —

Zu §. 120.

Hier ist angeordnet, daß, wenn ein Gläubiger glaubwürdig darthun kann, daß er seine Forderung in gehöriger Zeit anzumelden ohne sein Verschulden unterlassen habe, ihm frei stehe, die Einsetzung in den vorigen Stand anzusuchen; jedoch müsse dieses Gesuch binnen **14** Tagen, von demjenigen Tage an gerechnet, mit welchem für die Gläubiger die Anmeldungsfrist verstrichen ist, und wenn dieses nicht möglich sein sollte, binnen **14** Tagen von demjenigen an gerechnet, an welchem das Hinderniß aufgehört hat, angebracht werden. Wenn nun ein solcher Gläubiger auch nur einige Tage vor Ablauf dieser **14** Tage in die Möglichkeit gesetzt worden ist, das Wiedereinsetzungsgesuch anzubringen, so hat er dieses nach gegenwärtiger Vorschrift noch vor Ablauf dieser ihm hierzu erübrigenden wenigen Tage zu thun, widrigens er mit seinem Gesuche zurückgewiesen werden müßte, während ihm doch in dem Falle, als er erst nach Verlauf dieser **14** Tage in diese Möglichkeit versetzt worden wäre, noch volle **14** Tage von dieser Zeit an gerechnet, zur Ueberreichung seines Wiedereinsetzungsgesuches zu Gebote ständen. Es erscheint sohin Derjenige, der erst nach **14** Tagen nach Verstreichung der Anmeldungsfrist in die Möglichkeit gesetzt ist, das Wiedereinsetzungsgesuch anzubringen, vor dem andern begünstigt. Aus welcher Ursache? — Warum sollen nicht auch Demjenigen, der z. B. acht Tage nach Verlauf des Anmeldungs-Termins in die Lage gesetzt wird, sein Wiedereinsetzungsgesuch zu überreichen, ebenso wie Demjenigen, der erst nach Verlauf von **14** Tagen in diese Lage gekommen ist, noch volle **14** Tage zur Ueberreichung des Wiedereinsetzungsgesuches zu Guten kommen?

Bemerkt wird übrigens hier noch, daß dieser §. nichts davon enthält, ob gegen eine solche bewilligte Wiedereinsetzung ein Rekurs stattfinde. — Da der §. **154** in Betreff der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Tagsatzung, welche zum Behufe der Bestimmung des Pfandrechtes oder Vorranges angeordnet worden ist, ausdrücklich bestimmt, daß im Falle der Bewilligung kein Rekurs stattfinde, der gegenwärtige §. aber diese Bestimmung nicht enthält, so könnte man leicht zur Behauptung veranlaßt werden, daß hier ein Rekurs allerdings Platz greife, was jedoch

bei Verfassung dieses §. sicherlich nicht bezielet wurde. Sollte man aber doch die Absicht gehabt haben, einen Rekurs zuzulassen, so wäre auch dieses ausdrücklich beizufügen, da eine solche Bestimmung mit den Anordnungen der Gerichtsordnung im Widerspruche stände.

Zu §. 121.

Aus dem §. 120 gehet hervor, daß das Wiedereinsetzungsgesuch gegen die Masse und nicht gegen einzelne Gläubiger zu richten sei, weil die Tagsatzung hierüber nur mit Zuziehung des Gläubiger-Ausschusses anzuordnen ist. Nun heißt es aber in dem gegenwärtigen §., daß die etwa bereits aus der Masse bezahlten Gläubiger auf Zurückstellung des Empfangenen nur in dem Falle belangt werden können, wenn sie zu der Wiedereinsetzung gegen die verstrichene Anmeldungsfrist entweder selbst die Einwilligung gegeben haben, oder wenn gegen sie durch Urtheil auf diese Wiedereinsetzung erkannt worden ist. Wie kann nun aber nach der im Eingange der gegenwärtigen Bemerkung erwähnten Anordnung das Urtheil jene Gläubiger namentlich bezeichnen, welche sich diese Wiedereinsetzung gefallen lassen müssen? —

Wird dem Gläubiger auf was immer für einem Wege die Einsetzung in den vorigen Stand bewilligt, und dann in Folge derselben seine Forderung, die er gegen den Vertreter der Gesammtmasse zu liquidiren hat, richtig gestellt, und zeigt sich nun daraus, daß die Gläubiger, welche schon im vorhinein Zahlungen erhalten haben, mehr empfangen hatten, als sie eigentlich hätten empfangen sollen, — so ist ja die Pflicht dieser Gläubiger das Uebermaß zurückzuzahlen schon im §. 1431 b. G. B. gegründet. — Ob der Gläubiger durch ihre Einstimmung oder durch ein ausdrücklich gegen sie lautendes Urtheil in die Lage versetzt worden ist, nachzuweisen, daß ihm eine Forderung gegen die Konkursmassa gebühre, darauf kann es nicht ankommen.

Auch entsteht hier die Frage, wie es mit der Vertheilung der Masse zu halten sei, wenn die aus der Masse bezahlten Gläubiger auf Zurückstellung nicht mehr belangt werden können; sollen nun die übrigen in einer gleichen Klasse mit Demjenigen, der die Einsetzung in den vorigen Stand erwirkt hat, sich befindlichen Gläubiger, die noch vorhandene Masse gleich theilen, oder wie hat in diesem Falle die Repartition der Masse zu geschehen? Als Kommentator hätte ich zwar keinen Anstand, mich dafür auszusprechen, daß die Repartition ohne Rücksicht auf die bereits voraus geleisteten Zahlungen verfaßt werden solle, und sohin denjenigen Gläubigern, welche ihre Forderungen in gehöriger Zeit angemeldet haben, die

nach dieser Repartition auf sie entfallenden Beträge auszuzahlen seien, und daher nur der Gläubiger, der die Wiedereinsetzung erlangt hat; den aus der Vorauszahlung entstandenen Abgang auf seine Rechnung nehmen müsse.

Auch die Frage kann hier aufgeworfen werden, wer in dem Falle, als die voraus befriedigten Gläubiger zur Zurückzahlung verpflichtet sind, dieselben zur Zurückzahlung zu verhalten habe? — Die Masse oder der in den vorigen Stand eingesetzte Gläubiger? —

Ich würde mich für den letzteren entscheiden; denn es spricht die Billigkeit dafür, daß derselbe die Last der Einbringung auf sich nehme, und wenn die Einbringung unmöglich sein sollte, der Verlustträger.

Zu §. 136.

Hier ist angeordnet, daß vor der Vornahme der Feilbietung unbeweglicher Güter die Bedingungen derselben genau festgesetzt werden müssen, dann daß der Vermögensverwalter und Massavertreter sie gemeinschaftlich zu entwerfen, dem Ausschusse mitzutheilen und in einem allseitig gefertigten Aufsatze dem Feilbietungsgesuche anzuschließen haben; und daß wenn außergerichtlich keine Vereinigung über die Bedingung der Versteigerung zu Stande kömmt, eine Tagsatzung mit Zuziehung der Betheiligten anzusuchen sei.

Hier fragt es sich nun zuvörderst, welchen Einfluß der Massevertreter auf die Festsetzung solcher Bedingungen eigentlich zu nehmen habe? Der Massavertreter hat doch nur die Bestimmung die Masse gegen die ungerechten Forderungen, die an die Masse gestellt werden, zu vertheidigen. — Die Verwaltung des Massegutes geht denselben nichts an; für diese ist der Masseverwalter und die Gläubiger-Ausschüsse bestellt. Der Massevertreter kann daher bei Entwerfung der Feilbietungs-Bedingnisse nur als sachverständiger Gehülfe des Massaverwalters erscheinen, seine Meinung kann daher der des Masseverwalters nicht gleich gestellt werden. Dieser Ansicht zufolge sollte gesagt werden, daß der Masseverwalter die Bedingungen mit Z u z i e h u n g des Massevertreters zu entwerfen habe.

Ferner heißt es in diesem §., daß der Masseverwalter und Massevertreter die entworfenen Feilbietungsbedingnisse dem Gläubigerausschusse mitzutheilen und in einem allseitig gefertigten Aufsatze dem Feilbietungsgesuche anzuschließen haben; ferner, daß, wenn außergerichtlich keine Vereinigung zu Stande kommt, um eine Tagsatzung mit Zuziehung der Betheiligten anzusuchen sei.

Der Ausdruck „B e t h e i l i g t e n" ist etwas unbestimmt und weitumfassend. Welche Personen sind hier unter dieser Bezeichnung zu verstehen? Bei Veräußerung eines unbeweglichen Gutes sind nicht nur die

Hypothekargläubiger, sondern auch die Gemeingläubiger, denen der Rest des Kaufschillings, welcher nach Befriedigung der Hypothekargläubiger erübriget, zu Guten kommt, und selbst der Kridatar betheiliget. Sollten nun alle diese Gläubiger zugezogen werden, oder die Zuziehung nur auf den Masseverwalter und Vertreter, dann den Gläubigerausschuß beschränkt sein? — Für die bejahende Beantwortung der letzteren Frage spricht theils der Umstand, daß für den Fall, als der Massaverwalter und Vertreter, dann der Gläubiger-Ausschuß sich schon außergerichtlich über die Feilbietungsbedingnisse geeiniget und sohin unter Beilegung des allseitig von ihnen gefertigten Aufsatzes um die Feilbietung angesucht hätten, eine weitere Vernehmung der Gläubiger nicht angeordnet worden ist, dann der §. **139**, nach welchem in dem Falle, als ein Pfandgläubiger um die Feilbietung ansuchet, lediglich der Massevertreter, Vermögensverwalter und Ausschuß der Gläubiger zu vernehmen ist, wogegen für die bejahende Beantwortung der ersteren Frage angeführt werden kann, daß in dem §. **137** von einer besondern Vernehmung jener Pfandgläubiger die Rede ist, welche an dem Kaufschillinge wahrscheinlich Theil nehmen werden. Es ist daher wünschenswerth, daß in dem gegenwärtigen §. die Betheiligten, die bei der Tagsatzung zugezogen werden sollten, deutlicher bezeichnet werden.

Ferner frägt es sich hier, was denn in dem Falle zu geschehen habe, wenn auch bei der Tagsatzung zwischen den Betheiligten eine Einigung nicht erzielt werden kann? Für diesen Fall ist keine gesetzliche Vorsorge getroffen.

Zu §. 137.

Hier wird von den Eigenschaften gesprochen, welche die Kaufbedingungen haben sollen Es entsteht daher hier die Frage, ob in dem Falle als dem Richter ein mit dem im §. **136** im Einverständnisse der daselbst bezeichneten Interessenten zu Stande gekommenen Aufsatze belegtes Feilbietungsgesuch überreicht würde, er von Amtswegen in eine Prüfung derselben einzugehen, und was er bei vorgefundenen Anständen zu verfügen habe?

Zu §. 142.

Der §. **54** der Vorschrift über das summarische Verfahren ordnet an, daß zur Feilbietung beweglicher Sachen zwei Termine festzusetzen seien, bei denen letzten sie, wenn der Schätzungswerth nicht zu erhalten ist, auch unter demselben veräußert werden müssen. Es wäre wünschenswerth, daß diese Vorschrift ganz allgemein in die Gerichtsordnung und sohin auch in die Konkursordnung aufgenommen würde.

Zu §. 145.

Nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. wird die Verhandlung über

die Rechtsgültigkeit und den Rang der Hypotheken der Gläubiger, welche Pfandrechte auf ein unbewegliches Gut angemeldet haben, erst nach bereits bewerkstelligtem Verkaufe dieses Gutes eingeleitet. Es ist zwar im §. 135 der Massevertreter und Vermögensverwalter angewiesen, sogleich nach verstrichener Anmeldungsfrist um die Feilbietung der unbeweglichen Güter anzusuchen.

Allein es können verschiedene Umstände eintreten, welche die wirkliche Vornahme dieser Versteigerung bedeutend verzögern. Zur Gewinnung der Zeit dürfte es daher wünschenswerth sein, daß, ohne die Versteigerung abzuwarten, gleich nach Verlauf des Anmeldungstermines zu obiger Verhandlung geschritten werde. — Auf diese Art und Weise könnte in vielen Fällen gleich nach beendeter Versteigerung der Vertheilung des Kaufschillings unter die angemeldeten Hypothekar-Gläubiger weggenommen werden, während nach dem vorliegenden Entwurfe erst die Vorbereitungen zu dieser Vertheilung getroffen werden. — Für dieses Zuwarten spricht wohl nur der Umstand, daß erst nach bewerkstelligter Feilbietung die Gläubiger davon sichere Kenntniß erlangen, ob und wie ferne sie auf ihre Befriedigung aus dem Kaufschillinge Rechnung machen können, und ob es ihrem Interesse zusage, sich dießfalls mit andern Gläubigern in einen Streit einzulassen. Allein in jenen Ländern, wo öffentliche Hypothekarbücher eingeführt sind, gehören wohl Streitigkeiten über den wirklichen Bestand und die Rechtsgültigkeit der Hypotheken (in der Voraussetzung, daß die Forderung selbst als richtig anerkannt wird), dann der Rang derselben ohnehin unter die Seltenheiten.

In den meisten Fällen wird daher die Rechtsgültigkeit und der Rang der Hypotheken ohne viele Umtriebe und Kosten festgestellt werden können. Uebrigens müßte man consequenter Weise auch die Liquidation der Forderungen so lange verschieben, bis sämmtliche Massegüter veräußert worden sind, weil es sich nach diesen zeigen kann, daß ein oder der andere Gläubiger, der kein Geld mehr zu seiner Befriedigung einbringet, einen unnützen Kostenaufwand wegen Liquidirung seiner Forderung gemacht habe.

Zu §. 148.

In diesem §. ist angeordnet, daß jedem Gläubiger, welcher ein Pfandrecht auf das Gut angemeldet hat, zu eröffnen sei, daß er alle Original-Urkunden, von welchen er Gebrauch zu machen gedenkt, mitzubringen habe, und im Falle des Ausbleibens, in so ferne gegen seinen Anspruch vor dem Erscheinen Widerspruch erhoben werden sollte, von jeder Anweisung auf den Kaufschilling des Gutes als Hypothekargläubiger ausgeschlossen werden würde. In Bezug auf jene Länder des österreichi-

schen Kaiserstaates, wo keine förmlich eingerichtete öffentliche Bücher bestehen, habe ich gegen diese Anordnung nichts zu erinnern. In so ferne aber diese Vorschrift auch für jene Landesantheile gelten soll, in welchen solche Bücher eingeführt sind, und daß sie auch für diese gelten, ist aus dieser ganz allgemein lautenden Vorschrift zu schließen, kann ich sie nicht billigen. Wenn ein Gläubiger, dessen Forderung in der Landtafel oder dem Grundbuche, das bei dem Richter, wo die Verhandlung gepflogen wird, selbst aufbewahrt ist, sein Pfandrecht im Allgemeinen anmeldet, aber dann bei der angeordneten Tagsatzung nicht erscheint, und es dem einen oder andern der erschienenen Interessenten einfällt, die Richtigkeit dieses in in dem öffentlichen Buche eingetragenen Pfandrechtes zu widersprechen, soll nun der Richter diese mit dem in seiner Verwahrung befindlichen öffentlichen Buche im Widerspruche stehende Abläugnung berücksichtigen, und dem Gläubiger sein angemeldetes Pfandrecht aberkennen?

Zu §. 150.

In diesem §. heißt es: daß über das von jedem Gläubiger in Anspruch genommene Pfand oder Vorrecht der Massevertreter seine Erklärung abzugeben habe, und daß, in so weit das Begehren des Gläubigers bestritten ist, sogleich darüber verhandelt werden müsse. Hier ist es nur auffallend, daß dem Massevertreter das Recht eingeräumt wird, gegen das von einem Gläubiger angesprochene Vorrecht eine Einsprache zu machen. — Der Massevertreter hat nur für das Interesse der Gesammtgläubiger, nicht aber für das Interesse einzelner Gläubiger zu sorgen, welches durch das von einem Gläubiger behauptete Vorrecht beeinträchtigt erscheint. Setzen wir z. B. der Hypothekargläubiger A. behaupte, daß seiner Forderung das Vorrecht vor der des B. gebühre, und B. macht dagegen keine Einwendung. Ist nun wohl der Massevertreter berechtigt, eine solche Einwendung zu erheben?

Zu §. 151.

Hier wird gesagt, daß alle Schuldposten, bei welchen das Pfand- und Vorrecht unbestritten ist, mit Bemerkung des Erfolges der Verhandlung und genauer Bezeichnung des Betrages der Forderung an Kapital, Zinsen und Kosten und des damit verbundenen Pfandrechtes in ein fortlaufendes Protokoll eingetragen werden sollen. Es frägt sich nun, was denn hier unter dem Ausdrucke „Kosten" begriffen sei? Die Liquidationskosten können doch nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 109 nicht verstanden werden. Auch kömmt im ersten Theile des gegenwärtigen Ent-

wurfes, wo von der Rangordnung der Forderungen gehandelt wird, gar nichts davon vor, daß die Kosten wegen Erlangung einer an die Konkursmasse zu stellenden Forderung gleiches Vorrecht mit dem Kapitale genießen.

Zu §. 154.

Hier wird die schon bei §. 120 gemachte erste Bemerkung wiederholt. Uebrigens wird hier die Bestimmung vermißt, was über ein solches Wiedereinsetzungsgesuch zu verfügen und wer zur Verhandlung vorzuladen sei.

Zu §§. 155 — 158.

Nach Inhalt dieser §§. ist sohin die Rangordnung der Hypathekar-Gläubiger ein eigenes sogenanntes Klassifikationsurtheil zu schöpfen, gegen welches keine Berufung an die Oberbehörde, sondern wie es in unserer gegenwärtigen Konkursordnung vorgeschrieben ist, Vorrechtsklagen statt finden. In dem gegenwärtigen Entwurfe ist sohin bei Hypothekarforderungen ein complicirteres Verfahren eingeführt, als gegenwärtig besteht. Denn jeder Hypothekargläubiger ist nach dieser gehalten, seine Forderung zu liquidiren, dann wird abgesondert von diesem Liquidations-Verfahren eine besondere Verhandlung über das von ihm angesprochene Pfand- und Vorrecht gepflogen, hierüber das Klassifikations-Urtheil geschöpft, gegen welches sodann wieder eine Prioritätsklage Platz greifet. Da der gegenwärtige Entwurf die Entscheidung der Frage, in welche Klasse eine Forderung gehöre, somit ob sie eine Liedlohnsforderung, ein vormundschaftlicher, oder ein aus der Verwaltung der obrigkeitlichen Gerechtsame herrührender Anspruch ist, schon in das Liquidations-Urtheil aufzunehmen befiehlt, so sehe ich den Grund nicht ein, warum nicht auch schon in dem Liquidations-Urtheile bestimmt werden soll, daß dem Gläubiger ein Pfandrecht auf ein bestimmtes unbewegliches Gut zustehe. Diese Entscheidung kann doch wenigstens in jenen Ländern, wo öffentliche Hypothekarbücher bestehen, nicht vielen Schwierigkeiten unterliegen. Denn ist eine Forderung bücherlich einverleibt, und wird selbe auch für liquid anerkannt so kann es ja doch nicht zweifelhaft sein, daß dem Gläubiger wegen dieser Forderung ein Pfandrecht gebühre.

Ferner entsteht hier die Frage, ob in dem Falle, als ein Gläubiger bei der in Folge des §. 148 angeordneten Tagsatzung nicht erscheint, oder wenn er erscheint, gegen das von einem andern Gläubiger angemeldete Pfand- oder Vorrecht keine Einsprache macht, doch in der Folge berechtigt sei, das diesem Gläubiger in dem Klassifikationsurtheile eingeräumte Vorrecht zu bestreiten, und ob auch derjenige Gläubiger, welcher in Folge

dieser Verhandlung wegen seines Nichterscheinens und der Bestreitung des von ihm angesprochenen Pfandrechtes von Seite der übrigen Gläubiger von der Bezahlung aus dem Kaufschillinge ganz ausgeschlossen wird, doch eine Vorrechtsklage anbringen könne.

Zu §. 160.

In diesem §. ist angeordnet, daß der Gläubiger, der für sein anerkanntes Pfandrecht einen vorzüglichen Platz begehret, seine Vorrechtsklage gegen diejenigen Gläubiger zu überreichen habe, vor welchen er den Vorrang anspricht, und daß er dann bei Ueberreichung der Klage um Aufstellung eines gemeinschaftlichen Rechtsfreundes zur Vertretung aller belangten Gläubiger ansuchen müsse. Diese Anordnung stimmt mit dem §. 36 der gegenwärtigen Konkursordnung überein, nur hat der Richter nach dieser (so wie auch nach der westgalizischen Gerichtsordnung) diesen nicht gleich selbst zu ernennen, sondern er hat vorerst zur Einvernehmung der Gläubiger vorläufig eine Tagsatzung anzuordnen, wovon jedoch der gegenwärtige §. keine Erwähnung macht. Soll nur der Richter hier angewiesen sein, den in dem vollen Rechte sich befindlichen Gläubigern nach seinem Belieben einen Vertreter aufzudringen? — Aus dem nachfolgenden §. 162 ist freilich zu schließen, daß der Richter eine Tagsatzung zur Vernehmung der geklagten Gläubiger anzuordnen habe. Warum ist aber diese Bestimmung in dem §. 160 übergangen worden? — Uebrigens sehe ich nicht ein, warum in diesem Falle von den Vorschriften der allgemeinen Gerichtsordnung, welche für den Fall bestehen, als eine Klage gegen mehrere Streitgenossen überreicht wird, eine Ausnahme gemacht werden soll.

Zu §. 164.

Hier ist angeordnet, daß in Ansehung der Kosten eines Vorrechtsstreites die im §. 109 gegebene Vorschrift gelte, wornach also diese Kosten in der Regel gegen einander aufzuheben seien. Schreitet in dem Vorrechtsstreite auch der Massevertreter ein, so erkenne ich diese Anordnung als billig an, es streitet hier der nämliche Grund für die Aufhebung der Gerichtskosten, der für die Bestimmung des §. 109 spricht. Wird aber der Vorrechtsstreit zwischen einzelnen Gläubigern abgeführt, so weiß ich nicht, warum hier von den Vorschriften der allg. G. O. abgewichen werden soll, welche umgekehrt als Regel festsetzen, daß der sachfällige Theil die Kosten zu tragen habe.

Zu §. 165.

Hier wünschte ich die Frage entschieden zu sehen, was in dem Falle Rechtens sei, wenn über Vorrechtsklage eines Gläubigers erkannt wird,

daß einem vorgesetzten Gläubiger das Pfandrecht erst nach ihm gebühre. Wirkt diese Entscheidung auch zu Gunsten jener Gläubiger, welche in der Rangordnung dem Kläger vorgehen, oder mit ihm einen gleichen Platz einnehmen? und wenn dieses nicht der Fall sein sollte, wie ist seiner Zeit die Repartition zu pflegen?

Zu §. 168.

Hier ist angeordnet, daß für die Führung der Liquidations- und Vorrechts-Prozesse der Massevertreter die Belohnung aus der allgemeinen, für die persönlichen Gläubiger übrig bleibenden Massen anzusprechen habe, und daß den Hypothekargläubigern die Kosten derselben nur in so ferne angerechnet werden können, als sie dem Streite des Massevertreters beigetreten sind, oder durch den Ausgang desselben wirklich einen Nutzen bezogen haben. Hier entsteht nun die Frage, ob der Hypothekargläubiger zur Bestreitung solcher Kosten auch dann verhalten werden könne, wenn er dem Streite des Massevertreters in der Art beigetreten ist, daß er einen Bevollmächtigten zur gemeinschaftlichen Prozeßführung bestellt hat (§. 163); dann in welchem Maße der Hypothekargläubiger, der im Sinne des gegenwärtigen §. dem Massevertreter im Streite beigetreten ist, oder durch den Ausgang desselben einen Vortheil erlangt hat, zur Belohnung desselben beizutragen habe?

Zu §. 204.

Dieser § lautet: „Auf die im Konkurse liquidirten Forderungen kann „auch der Exekutionsarrest gegen den Gemeinschuldner der von Amtswe„gen verhängten Arreststrafe ungehindert zu jeder Zeit sogleich bewilligt „werden, so fern ihn nicht die Rechtswohlthaten der Güterabtretung da„von befreien."

Ich kann bei dieser Gelegenheit nicht umhin, mich gegen den Exekutionsarrest eines Schuldners, besonders nach den Bestimmungen, welche dießfalls in unserer Gerichtsordnung und den dieser nachgefolgten Erläuterungen festgesetzt sind, nachdrücklich zu erklären, indem ich ihn in dieser Ausdehnung mit den Prinzipien einer wohlgeordneten Rechtspflege im Widerspruche stehend ansehe. Uebrigens würde eine ausführliche Entwicklung meiner Ansicht hier nicht ganz am rechten Orte stehen, und ich behalte mir vor, bei einer andern Gelegenheit hierüber umständlicher zu sprechen. Hier beschränke ich mich auf folgende Bemerkungen:

Der Exekutionsarrest eines Schuldners kann nur in so ferne gerechtfertigt werden, als er sich als ein, wenigstens wahrscheinlich taugli-

ches Mittel für den Gläubiger darstellt, zu seiner Befriedigung zu gelangen. Als ein solches erscheint er auch nach der Bestimmung des §. 348 in unserer Gerichtsordnung, hier ist nur von einem Arreste als Zwangsmittel den Schuldner zur Angabe seines Vermögens zu verhalten die Rede; von einem weitern Arreste, wenn der Schuldner der dießfälligen Aufforderung des Gläubigers nachgekommen ist, geschieht in diesem §. gar keine Erwähnung. Nur erst die nachfolgenden Paragraphe geben einen Sinn dieses §. 348 zu erkennen, den man aus den Worten desselben nicht zu entziffern vermöchte.

Tritt der Schuldner nun sein ganzes Vermögen seinen Gläubigern zum Behufe ihrer Befriedigung ab, oder wird auf Ansuchen eines oder mehrerer Gläubiger desselben der Konkurs über sein Vermögen eröffnet, so ist derselbe gehalten sein gesammtes Vermögen zu verzeichnen und es ist jeder Gläubiger berechtigt zu verlangen, daß er die Richtigkeit seines verzeichneten Vermögensstandes eidlich bekräftige. Würde sich nun in der Folge ergeben, daß er ein Vermögen absichtlich verschwiegen habe, so würde er wegen Verbrechen des Betruges bestraft werden (St. G. B. I. Th. §. 178 lit. F.) Eine Verschweigung eines Theiles seines Vermögens kann daher in einem solchen Falle nicht vermuthet werden. Die Arrestverhängung gegen den Schuldner zu dem Zwecke ihn zu nöthigen, noch andere Vermögensbestandtheile namhaft zu machen, als er in seinem eidstättigen Vermögens-Bekenntnisse angegeben hat, kann daher nicht gerechtfertiget werden. Welch andern Zweck soll aber die Verhängung des Arrestes gegen den Gemeinschuldner haben? — Ich kann hier das Recht des Gläubigers, über seinen Schuldner einen Arrest zu verhängen, für nichts Anderes als eine Ermächtigung desselben ansehen, sich wegen der ihm durch seinen Schuldner an seinem Vermögen verursachten Beschädigung zu rächen. Läßt sich nun aber eine solche Ermächtigung vor dem Richterstuhle der Vernunft rechtfertigen? — oder soll diese Arrestverhängung als Strafe angesehen werden? — Eine Strafgewalt gebührt dem Staate, nicht aber einer Privatperson. In dieser Beziehung besteht ohnehin die Anordnung, daß über jeden in Konkurs verfallenen Schuldner eine Untersuchung, und nach Maßgabe seines aus dieser Untersuchung hervorgehenden Verschuldens, eine Strafe gegen ihn zu verhängen sei. In Ansehung des Befugnisses des Gläubigers über seinen Schuldner den Arrest zu verhängen, ist aber weder in Beziehung auf den Grad des dem letzteren zur Last fallenden Verschuldens, noch des Schadensbetrages ein Unterschied gemacht. Dadurch ist dem Gläubiger Gelegenheit gegeben, gegen den Schuldner vielleicht aus Gründen, die auf das Schuldenverhältniß gar keinen Einfluß haben, selbst bei einer Forderung von einigen Gul-

den, seine Gehässigkeit zu befriedigen, und selben wegen dieser geringfügigen Schuld, wenn sich ein Anderer über den Schuldner nicht erbarmet, und für ihn die Zahlung nicht leistet, durch ein volles Jahr im Arreste anzuhalten. —

Ferner folgt aus obiger Anordnung, daß bezüglich der im Konkurse liquidirten Forderungen der Exekutionsarrest gegen den Schuldner der von Amtswegen verhängten Arreststrafe ungehindert zu jeder Zeit sogleich bewilligt werden müsse, sofern ihn nicht die Rechtswohlthaten der Güterabtretung davon befreien. Nach dieser Anordnung kann also selbst jener Gläubiger, welcher vermög des ihm zustehenden Vorrechtes auf seine volle Befriedigung sichere Rechnung machen kann, wenn er eine Gehässigkeit gegen den Schuldner in Ausführung bringen will, die Arretirung des Schuldners verlangen, in so ferne ihm die Rechtswohlthaten der Güterabtretung nicht zu statten kommen.

Im Falle der Güterabtretung ist auch der Konkursrichter in einer verschiedenen Beziehung in die Lage gesetzt, darüber zu erkennen, ob der Schuldner an seiner Zahlungsunfähigkeit ein Verschulden trage, oder nicht nämlich über das von dem Schuldner gegen seine Gläubiger angebrachte Gesuch, wodurch er die Befreiung vom Personalarreste gegen sie in Anspruch nimmt, und dann über die von Amtswegen gegen ihn eingeleitete und vollführte Untersuchung. — In erster Beziehung wird die Verhandlung nach den Normen des Civil-Prozesses geführet, der Richter hat sich daher hier lediglich an das Vorbringen der Parteien zu halten, in letzter Beziehung hat er als von Amtswegen jene Umstände zu erheben, welche zur Eröterung der Schuld oder Unschuld des Kridatars dienen können. Auf diese Art kann es geschehen, daß der Richter in dem einen Urtheil dem Gemeinschuldner von dem Verschulden frei spricht, während er denselben in dem anderen Urtheile als schuldig erkläret. —

Am Schlusse dieser Erörterungen glaube ich nur noch zu bemerken, daß mir die Bestimmung des §. **206** in dem Punkte aufgefallen sei, daß der Kridatar, wenn er sich über seine Schuldlosigkeit an seinem Vermögensverfalle nicht sogleich auszuweisen vermag, in Arrest zu nehmen sei; während er doch in dem Falle, als gegen ihn selbst Inzichten des verübten Verbrechens des Betruges vorliegen und er sohin wegen dieses Verbrechens in Kriminal-Untersuchung gezogen werden muß, nach den Bestimmungen des Kriminal-Strafgesetzbuches und den nachgefolgten sich auf dasselbe beziehenden Verordnungen bei dem Vorhandensein bestimmter Verhältnisse auf freien Fuß untersucht werden kann.

VIII.

Ueber die Form der Verträge.

In Beziehung auf die Form der Verträge spricht sich der §. 882 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches dahin aus:

„Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich, vor Gericht oder außer „demselben, mit oder ohne Zeugen errichtet werden; diese Verschieden„heit der Form macht, außer den im Gesetze bestimmten Fällen, in An„sehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied." Die Fälle aber, in welchen die österreichischen Gesetze die schriftliche Errichtung eines Vertrages erfordern, sind sehr selten. Eine Ausnahme von der Regel, daß Verträge mündlich oder schriftlich errichtet werden können, macht nur der Schenkungsvertrag, mit dem nicht zugleich die Uebergabe der geschenkten Sache erfolgt, und bei welchem gleichfalls — wenigstens nach Ueberzeugung des Verfassers gegenwärtiger Abhandlung — nur nothwendig ist, daß das Versprechen durch eine schriftliche Urkunde begründet werde, — dann der Erbvertrag eine Ausnahme, welcher nach §. 1249 schriftlich errichtet werden muß. — Hierzu können ferner auch noch die Verträge, wodurch dingliche Reche auf städtische oder landtäfliche Güter erworben werden sollen, gerechnet werden, indem der §. 434 b. G. B. dießfalls anordnet, daß über das Erwerbungsgeschäft eine schriftliche Urkunde aufgesetzt, und sowohl von den Vertrag schließenden Theilen, als den zwei glaubwürdiden Männern als Zeugen gefertigt werden muß.

Durch diesen eingangs erwähnten Ausspruch unterscheidet sich die österreichische Gesetzgebung sehr wesentlich von andern positiven Gesetzgebungen, und zwar vorzüglich von dem eigentlichen römischen Rechte, das zwischen pacta et contractus unterscheidet, und aus ersteren nur dann eine Klage gestattet, wenn sie in feierliche Worte eingekleidet wurden, was Stipulation genannt wurde. Dadurch würde allerdings jeder Zweifel über die Ernstlichkeit der Zusicherung möglichst beseitiget, und die Verminderung der Prozesse dadurch erzielet; ob aber nicht diese Einengung der Verträge in bestimmte Formen schädlich auf den Verkehr einwirken würde, wenn man die Grundsätze des römischen Rechtes in dieser Hinsicht sanktioniren wollte, ist eine Frage, welche wohl bejahend beantwortet werden dürfte. —

Das französische Gesetzbuch fordert bei allen Kontrakten, welche über Gegenstände geschlossen werden, die die Summe oder den Werth von hundert und fünfzig Franken übersteigen, eine vor Notarien oder unter Privat-Unterschrift errichtete Urkunde in der Regel als ausschließendes Beweismittel des geschlossenen Kontraktes (Art. 1341), eben so verfügt das preußische Landrecht (2. Th. 5 Tit. §. 131): „Ein jeder Vertrag, dessen Ge„genstand über 50 Thaler in Silber Courant beträgt, muß schriftlich „errichtet werden."

Viele halten diese Anordnungen für ein gewichtiges Mittel zur Vermeidung der Prozesse. „Hier entscheidet," sagt man, „der klare Buchstabe, kein Zeuge kann seine Aussage ändern, keine undeutlichen Verabredungen, keine eingemischten Zwischenerklärungen können das Rechtsverhältniß der Kontrahenten verwirren, hundert Gelegenheiten zu verwickelten Prozessen sind abgeschnitten, wenn bei Verträgen nur Urkunden, — nur die über einen Vertrag verfaßten Aufsätze als Beweismittel zugelassen und Zeugen sowohl als Eide aus der Reihe der Beweismittel vom Gesetzgeber entfernt werden." Indessen ist man auch ziemlich allgemein darüber einig, daß die Errichtung schriftlicher Aufsätze den Parteien nur in der Regel zur Pflicht gemacht werden könne, und daß von dieser Regel Ausnahmen festgesetzt werden müssen, welche besonders bei geringfügigen Gegenständen in Nothfällen, wo die Errichtung einer Urkunde unmöglich erscheint, oder bei verlornen Urkunden eintreten müssen.

Allein dagegen dürften folgende Bemerkungen Berücksichtigung verdienen. Die Wesenheit der Verträge, sie mögen schriftlich errichtet, oder blos mündlich abgeschlossen werden, beruht immer auf der Willenseinstimmung der Kontrahenten. Je lebendiger der Verkehr in einem Lande ist, desto häufiger müssen solche Verträge zu Stande kommen, und Rechtsverhältnisse, die sich auf den gegenseitig übereinstimmenden Willen der Parteien gründen, erheischen besondere Sorgfalt der Staatsverwaltung, um selbe aufrecht zu erhalten. Die Formen, in welche Verträge eingekleidet werden sollen, müssen nur als Mittel zur möglichsten Aufrechthaltung derselben angesehen werden; wenn sie also so beschaffen sind, daß sie dasselbe, was sie aufrecht erhalten sollen, in vielen Fällen vernichten und zerstören, so laufen sie ihrem Zwecke geradazu entgegen. Gewiß ist es nun, daß, wenn die Form der Verträge ausschließend nur an schriftliche Aufsätze gebunden wird, viele Verträge, die ungezweifelt sich auf den ernstlichen übereinstimmenden Willen der Vertragschließenden gründen, zernichtet werden müssen. Ueberdieß müssen, wenn von der Regel, daß Verträge schriftlich errichtet werden sollen, Ausnahmen statuirt werden, sehr oft Fälle eintreten, wo es streitig wird, ob hier die Regel oder die Ausnahme Platz

zu greifen habe. So wie nun auf der einen Seite durch obige Regel allerdings Prozesse hintangehalten werden, so wird auf der andern Seite diesen Streitigkeiten ein anderes, ganz neues Feld wieder eröffnet, sohin der Zweck auch in dieser Hinsicht nicht vollkommen erreicht. Wird endlich den Parteien ganz freigestellt die schriftlichen Vertragsurkunden selbst zu verfassen, oder ganz nach Belieben von jemanden Andern verfassen zu lassen, so wird dadurch jenen Streitigkeiten, die sich aus undeutlich gewählten Ausdrücken ergeben, gleichfalls nicht vorgebeugt, indem leider die Erfahrung zeigt, daß schriftliche, von rechtsunkundigen Verfassern errichtete Verträge die Sache oft mehr vewirren, und sie, die den wahren und eigentlichen Sinn der zwischen den Parteien erklärten Willensübereinstimmung enthalten sollen, denselben mehr verdunkeln, als dieses bei einfachen mündlichen Erklärungen der Fall gewesen wäre.

Ich bin daher nicht der Meinung, daß die österreichische Gesetzgebung eine ähnliche Anordnung, wie sie das französische und preußische Gesetzbuch enthält, festsetzen solle; denn einerseits stünde sie, wie bereits erwähnt worden ist, dem Hauptzwecke der möglichsten Aufrechthaltung der Verträge gerade im Wege, und anderseits würde selbe ihren unmittelbaren Zweck, Streitigkeiten auszuweichen, nur höchst unvollkommen erreichen, und die Lebendigkeit des gegenseitigen Verkehres, besonders in der ersten Periode ihrer Geltendmachung, ein gewichtiges Hinderniß entgegen legen; auch würden dergleichen Bestimmungen zur Unmoralität führen, indem es doch eine Gewissenspflicht bleibt, auch mündliche Verträge in Erfüllung zu bringen, wenn auch das positive Gesetz solchen blos mündlichen Verabredungen den Rechtsschutz im Staate versagt; geschieht aber dieses letztere, so werden die Parteien, die sich durch die Erfüllung derlei mündlich eingegangener Verbindlichkeiten wehe zu thun glauben, gewöhnt, derlei mündliche Zusagen gar nicht zu beachten. —

Meines Erachtens sollte daher an dem Grundsatze, welchen der §. 883 b. G. B. aufstellt, nichts geändert werden; wohl aber sollen, weil die Errichtung schriftlicher Verträge immerhin wünschenswerth ist, da wenigstens die Existenz des Vertrages selbst dadurch offen vor Augen gelegt wird, die Vertragschließenden durch indirekte Mittel angetrieben werden, Verträge über wichtigere Gegenstände schriftlich abzuschließen, obschon dieses gegenwärtig in Oesterreich größtentheils ohnedieß zu geschehen pflegt. Denn es werden schon dermalen größere Darlehensbeträge nicht ohne Schuldschein hintangegeben, und Kontrakte, die unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, oder wodurch ein dringliches Recht sich auf diese verschafft werden will, die am häufigsten vorkommen, wenn von wichtigen Gegenständen eines Vertrages die Rede ist, müssen ihrer Natur nach schrift-

lich errichtet werden, weil außerdem in der Regel keine Eintragung derselben in die öffentlichen Bücher, und sohin auch kein dingliches Recht auf diese unbeweglichen Sachen erlangt werden kann. — Auch Vollmachten, wenn von selben gegen dritte Personen Gebrauch gemacht werden will, erfordern unumgänglich, daß hierüber eine schriftliche Urkunde ausgestellt werde. — Um aber den Parteien einen weitern Impuls zu geben, daß sie über Verträge, deren Gegenstände von Wichtigkeit und Bedeutung sind, sich mit schriftlichen Aufsätzen versehen, wäre es vielleicht zweckmäßig, daß eine Anordnung erlassen würde, zufolge welcher Derjenige, der aus einem bloß mündlichen Vertrag, dessen Gegenstand von einiger Bedeutung ist, eine Klage führt, und sich dabei bloß auf einen Zeugenbeweis stützt, und in diesem Prozesse sodann sachfällig wird, weil dadurch der Beweis über die Existenz des Vertrages überhaupt, oder des angeblichen Inhalts desselben nicht hergestellt wird, seinem Gegner für jeden Fall die Kosten, zu vergüten habe, wie dieses in der Gerichtsordnung in Betreff der Nichtherstellung des Beweises durch den Haupteid gesetzlich angeordnet ist; — ja, man dürfte noch weiter gehen, und Demjenigen, der sich in dem berührten Fall auf einen Zeugenbeweis stützt, selben auch herstellt, und auf Grund dieses hergestellten Beweises den Sieg davon trägt, für jeden Fall die Kosten zu tragen aufbürden, welche die Führung dieses Beweises veranlaßt haben, wenn auch die übrigen Prozeßkosten dem Gegner als sachfälligen Theile zu vergüten aufgetragen werden würden.

Da aber auch aus schriftlichen Verträgen, deren Errichtung nach meinem Erachten begünstiget werden soll, besonders aus denjenigen, welche wenigstens auf dem Lande größtentheils von gesetzunkundigen Winkelschreibern verfaßt zu werden pflegen, gleichfalls sehr viele Prozesse entstehen, besonders aus Ehepakten, deren verschiedenartige Gegenstände juridische Kenntnisse am wenigsten entbehrlich machen, — so ist auch in dieser Beziehung gesetzliche Vorsorge zu treffen. Diese finde ich vorzüglich in der Einführung des Notariats-Institutes, auf eine ähnliche Art, wie es bereits in andern Ländern besteht. Zur Vertheidigung der Parteien vor Gericht bestehen eigene Advokaten; warum sollen nicht auch zur Verfassung jener Urkunden, welche den Parteien ihre erworbenen Rechte vor allenfälligem Widerspruche und Einwendungen sicher stellen sollen, nicht eben eigene sachverständige Personen aufgestellet werden?

In dieser Beziehung handelt es sich um die Beantwortung folgender Fragen:

A) Welche Eigenschaften sollen diese Notare haben?

In dieser Beziehung glaube ich, daß um den Zweck dieses Institutes zu erreichen, nur solche Personen als Notare aufgestellt werden können

von denen die höchste Staatsverwaltung die beruhigende Ueberzeugung hat, daß sie die Fähigkeit besitzen, Kontrakte in der Art zu verfassen, daß dadurch die durch selbe bezielte Erwerbung der Rechte der Parteien gesichert, und die geschlossenen Verträge nicht neuerdings wegen Vernachlässigung der vorgeschriebenen Formen, Undeutlichkeit und Zweideutigkeit der Ausdrücke, — welche den bestehenden Gesetzen angepaßt werden sollen — Unvollständigkeit oder Widerspruch mit den wesentlichen Bestimmungen des geschlossenen Vertrages, — oder andern sich hierauf beziehenden gebietenden Gesetzen angefochten werden können.

Diese Fähigkeit kann aber nur bei denjenigen Personen vorausgesetzt werden, bei denen als erwiesen angenommen werden muß, daß sie die hierauf beziehenden gesetzlichen Bestimmungen genau kennen, und auch eine praktische Fertigkeit besitzen, diese Gesetze auf bestimmte Fälle in Anwendung zu bringen. — Nach meinem Dafürhalten sollten daher die Personen, welche als Notare aufgestellt werden, entweder die Befähigung zur Ausübung des Richteramtes oder Advokatie besitzen, und für ihr Geschäft eigends in Eid genommen werden. Bei Aufstellung derselben wäre auch ganz besonders auf ihre Moralität Rücksicht zu nehmen. — Jedoch halte ich es für unthunlich dieses Befugniß mit der Ausübung der Advokatur selbst in Verbindung zu setzen, theils, wenn zu besorgen ist, daß der Advokat dieses Geschäft als Nebensache behandeln werde, und daher auch zu befürchten ist, daß er demselben nicht die erforderliche Aufmerksamkeit schenken, oder sich zur Verfassung solcher Kontrakte nicht jederzeit wegen anderweitigen dringenden Geschäften bereit finden werde, — theils weil selbe ihn in Kollision mit seinen übrigen ihm als Advokaten obliegenden Verpflichtungen verwickeln könnte. — Allerdings aber könnte dasselbe mit dem Befugnisse der Agentie in Verbindung gesetzt werden. —

B) Was ist in Ansehung der von den Parteien für die Aufnahme derlei Verträge zu entrichtenden Gebühren zu veranlassen?

Damit diejenigen Personen, welche sich der Hilfe eines Notars bei Verfassung von Verträgen oder anderer derlei Urkunden bedienen, durch übermäßige Anforderungen nicht gedrückt werden, sollen die Gebühren, welche die Notare für die Verfassung solcher Urkunden abzunehmen berechtigt sein sollen, gesetzlich und zwar theils nach der Eigenschaft der Urkunden, je nachdem nämlich zur Verfassung derselben mehrere Rechtskenntnisse, und eine große Umsicht und Mühewaltung in der Regel erfordert wird, theils nach dem Werthe des Gegenstandes, um den es sich handelt, genau vorgezeichnet, und der Notar verbindlich gemacht werden, den gesetzlich vorgezeichneten Tariff den Parteien auf ihr Verlangen vorzuweisen. —

C) Welche äußere Eigenschaften (Form) sollen diese Notariats-Urkunden haben?

Was die Form dieser Notariats-Instrumente anbelangt, so sollen selbe von den Parteien eigenhändig mit ihren Vor- und Zunamen unterzeichnet werden, und im Falle wenn die Partei des Schreibens unkundig ist, diese gehalten sein, auch zwei Zeugen beizuziehen, deren einer den Namen der des Schreibens unkundigen Ausstellers mit dem Beifügen „als Zeugen und Namensunterfertiger" zu unterschreiben hat. Am Schlusse hat der Notar die Bestätigung beizufügen, daß die Urkunde genau den Willen der Partei gemäß ausgefertigt, und ihnen auch vor der Fertigung deutlich und wörtlich vorgelesen worden sei, und so, daß sodann die Parteien und die (allenfälligen Zeugen) diese Urkunde eigenhändig gefertigt haben. Diese Bestätigung wäre sodann auch mit seinem Namen zu unterzeichnen, und derselben sein gewähltes Notariats-Siegel beizufügen.

Zu diesem Ende hätten Diejenigen, welche eine solche Notariatsstelle, erhalten haben, vor wirklicher Ausübung dieses Befugnisses diejenige Behörde, welcher die Ernennung, oder wenigstens die Ausfertigung des Anstellungsdekrets überlassen wird, den Entwurf des Siegels, dessen sie sich bedienen wollen, vorzulegen, welche, wenn dagegen kein Anstand obwaltet, dasselbe in den Akten aufzunehmen, und auch in das auszufertigende (Diplom) einzuschalten hätte. —

D) Welches Vorrecht sollen die Notariats-Urkunden genießen? — Ich glaube, daß hier kein Zwang angethan, und die Parteien nicht geradezu genöthiget werden sollen, sich bei Verfassung der Urkunden der Hilfe eines Notars zu bedienen. Denn es gibt viele Personen, welche allerdings im Stande sind, einen schriftlichen Vertrag selbst abzufassen, warum sollen diese geradezu genöthigt werden, sich der Hilfe einer dritten Person zu bedienen? — Auch ist es wohl ganz unthunlich in jedem Dorfe oder Marktflecken dergleichen Notare aufzustellen, es wäre daher ein sehr lästiger Zwang, wenn die Parteien für jeden Fall genöthigt werden sollten, sich, da ihnen doch an der augenblicklichen Sicherstellung ihrer Rechte durch Abfassung eines schriftlichen Instrumentes gelegen sein kann, bei Vermeidung der Folgen der Ungiltigkeit, oder Beweislosigkeit ihres schriftlichen Vertrages, der Hilfe eines Notars zu bedienen. Es sollen daher die Interessenten nur durch die besondern Vorzüge und Vorrechte, welche dergleichen Notariats-Urkunden vor andern über Verträge errichteten Privat-Urkunden eingeräumt werden, von selbst angetrieben werden, sich zur Errichtung solcher Urkunden der Hilfe eines Notars zu bedienen. Die Vorrechte aber, welche dergleichen Notariats-Urkunden eingeräumt werden sollen, könnten darin bestehen,

1) Daß solche Urkunden als öffentliche, vollen Glauben verdienende Urkunden angesehen werden sollen, dergestalt, daß sie, wenn sie in der vorgeschriebenen Form ausgefertigt worden sind, die Bürgschaft ihrer Echtheit schon in sich tragen, und daher Demjenigen, der die Unechtheit behauptet, der Beweis desselben aufgelastet würde, welches letztere aber durch das Gesetz ausdrücklich auszusprechen wäre, weil es selbst nach den dermaligen Gesetzen in der Theorie streitig ist, ob die öffentlichen Urkunden überhaupt Denjenigen, der auf dieselben ein Recht stützet, bei dem Widerspruch der Echtheit von Seite des Gegners von dem Beweise der Echtheit, welchen er bei Privat-Urkunden ohne Zweifel zu leisten hat, befreien.

2) Daß auf Grund einer solchen Notariats-Urkunde, wenn aus selber die Verbindlichkeit des Geklagten klar hervorgeht, und nicht erst mit Zuhilfenahme anderer Urkunden, oder anderweitiger Behelfe deduzirt wird, unter Einem mit der Klage auch schon ein Gesuch um Exekution bis zur Sicherstellung eingereicht, und selbe auch ohne weiterem ertheilt werden könne. —

Zur Begründung des letztern Antrages glaube ich mich selbst auf den §. 298 der ö. G. O., dann die mit Hofkanzlei-Dekret vom 25. Juni 1839., Nr. 16699 kundgemachte a. h. Entschließung vom 29. Dezembrr 1838 berufen zu dürfen, nach welchen die Exekution bis zur Sicherstellung in dem Falle gestattet ist, wenn a) der Geklagte die Urkunde anerkennt, aber b) solche Einwendungen beibringt, worüber der Endspruch nicht sogleich geschöpft werden kann. Da nun Notariats-Urkunden, in Gemäßheit des gestellten Antrages sich als solche Urkunden darstellen, sohin die Bürgschaft ihrer Echtheit schon in sich tragen, es daher bei solchen der ausdrücklichen Anerkennung ihrer Echtheit nicht bedarf, so erscheint eine Vernehmung des Geklagten in dieser Hinsicht als überflüssig.

Was nun die zweite Bedingung b) betrifft, bei deren Vorhandensein auf die Exekution bis zur Sicherstellung erkannt werden kann, so ist zu bemerken, daß diese Exekution bis zur Sicherstellung nur dann wegfällt, wenn entweder der Kläger bei der angeordneten Tagsatzung ausdrücklich die Erfüllung der Verbindlichkeit von Seite des Geklagten eingesteht, oder die Erfüllung der Verbindlichkeit von letztern durch eine schriftliche Urkunde ausgewiesen wird; in allen übrigen Fällen, wo die Behauptung der Erfüllung der Verbindlichkeit auf andere Beweise gestützt wird, und sohin mit dem Endspruch nicht sogleich erfolgen kann, immer die Exekution bis zur Sicherstellung, wenn sie von dem Kläger in Anspruch genommen wird, einzutreten habe. Der erstere Fall, daß Derjenige, der eine Exekutionsklage eingereicht hat, die Erfüllung der Verbindlichkeit bei der Tagsatzung selbst eingesteht, dürfte ohnehin äußerst selten eintreten, und

daher dieser blos mögliche, aber gewiß sehr unwahrscheinliche Fall in keine Berücksichtigung kommen. Aber auch der zweite Fall dürfte selten eintreten. Denn ist es wohl zu erwarten, daß Jemand mit einer Klage gegen einen Andern auf Erfüllung einer Verbindlichkeit auftreten werde, wenn dieser die Erfüllung dieser Verbindlichkeit augenblicklich urkundlich auszuweisen im Stande ist? — Auch nach geschöpftem Urtheile oder abgeschlossenem gerichtlichen Vergleiche kann der Fall eintreten, daß Derjenige, gegen den auf Grund des Urtheiles oder abgeschlossenen gerichtlichen Vergleiches die Exekution angesucht wird, seine Verbindlichkeit schon erfüllet hat, dessenungeachtet wird derselbe über ein solches Exekutionsgesuch nicht weiter vernommen, sondern gleich die Exekution verfügt, die, wenn sich der Exekut über die Erfüllung der Verbindlichkeit sogleich ausweisen könnte, auch gleich wieder behoben werden müßte*).

Deßhalb gehören auch die Fälle, wo nach schon erfüllter Verbindlichkeit, worüber sich der Exekut sogleich ausweisen kann, die Exekution angesucht wird, unter die gewiß sehr seltenen Fälle. Daher dürfte wohl dieser Rücksicht nicht entgegen stehen, die über Verträge errichteten Notariats-Urkunden mit den oben erwähnten Prärogativen zu versehen. Auch die Besorgniß, daß dieses Vorrecht den Wucherern behilflich sein würde, um den Einwendungen, die von dem Geklagten aus den bei dem Vertrage unterlaufenen wucherischen Bedingungen entgegen gestellt werden können, auszuweichen, dürfte der Einräumung dieses Vorrechtes nicht im Wege stehen, einerseits weil in der für die Notare zu erlassenden Instruktion Vorsehung getroffen werden könnte, daß von den Wucherern damit kein Mißbrauch getrieben werde, anderseits, weil durch die Exekution, die blos zur Sicherstellung ertheilt wird, dem Geklagten die Einwendungen dagegen nicht benommen werden, und selbst nach den gegenwärtig bestehenden Gesetzen in dem Falle, als auf einen vollen Glauben verdienenden Schuldschein ein Betrag eingeklagt, und bei der hierüber angeordneten Tagsatzung zwar die Echtheit des Schuldscheins anerkannt wird, aber dem Anspruche des Gläubigers wegen angeblich wucherischen Abzügen Einwendungen entgegengesetzt werden, doch dem Kläger bis zur Austragung der Sache die Exekution bis zur Sicherstellung nicht verweigert werden könnte.

E) Welche Vorzüge den Notariats-Urkunden in Ansehung der Beweiskraft gegen dritte Personen eingeräumt werden sollen? —

Eine vorzügliche Beachtung verdient die Beantwortung der Frage, in wie fern die mit bestimmten Personen abgeschlossenen Verträge auch gegen dritte Personen eine Beweiskraft haben sollen, oder wohl besser ge-

*) Siehe Hofdekret vom 22. Juni 1836.

sagt, welche Beweismittel in Anwendung zu bringen seien, wenn das Bestehen solcher Verträge gegen dritte Personen ausgewiesen werden soll?

Dießfalls ist nun zwischen

a) mündlichen und

b) solchen Verträgen zu unterscheiden, worüber schriftliche Urkunden errichtet werden

ad a) Mündliche Verträge werden entweder 1) durch das Geständniß, oder 2) durch den Haupteid, oder 3) durch Zeugen allein, oder 4) durch Zeugen und den Erfüllungseid erwiesen. —

Was ad 1) das Geständniß anbelangt, so kann nach dem ausdrücklichen Inhalte der §§. 107, 109 und 110 der allg. G. O. kein Zweifel obwalten, daß dasselbe gegen Niemanden als den Geständigen selbst einen Beweis machen könne. —

Was 2) den Haupteid betrifft, so kann wohl auch der durch einen Kontrahenten mittelst desselben hergestellte Beweis für dritte Personen in der Regel von keiner Wirkung sein. Denn durch den Haupteid kann gegen den die Thatsache des geschlossenen Vertrages, oder des Inhaltes desselben nur auf zweifache Art hergestellt werden, nämlich a) wenn Derjenige, gegen welchen der Beweis hergestellt werden soll, den ihm aufgetragenen Haupteid zurückschiebt, und der andere Theil denselben sodann ablegt, oder b) wenn der erstere den ihm aufgetragenen irreferiblen Haupteid gar nicht antritt, oder c) den ihm aufgetragenen referiblen oder irreferiblen Haupteid zwar antritt, aber nicht ablegt. Wollte man im ersten Falle den gegen den Delaten hergestellten Beweis auch gegen einen Dritten als rechtswirkend anerkennen, so würde dieser offenbar um das Recht, den Haupteid selbst verneinenden Inhaltes abzulegen gebracht, welches wichtige Recht ihm in dem Falle zugestanden wäre, wenn gegen ihn unmittelbar der Beweis durch den Haupteid herzustellen versucht worden wäre. Die einseitige Handlung Desjenigen, dem der Haupteid aufgetragen worden ist, zufolge welcher er den Eid seinem Gegner zurückschiebt, kann dabei auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß nehmen. Noch weniger kann ihm aber die Unterlassung der Delaten den Eid anzutreten, oder den angetretenen Eid abzulegen zum Nachtheile gereichen, da diese Unterlassung selbst auf einer bloßen Fahrlässigkeit gegründet sein kann, und für keinen Fall mehr als ein stillschweigendes Geständniß der Behauptung des Gegners anzusehen ist, in welcher Eigenschaft selbe um so weniger geeignet ist, gegen einen Dritten einen Beweis daraus herzuholen, als nicht einmal ein ausdrückliches Geständniß gegen einen Dritten von Wirkung ist. —

3) Wird ein Vertrag durch Zeugen erwiesen, so liegt es wohl in

der Natur der Sache, daß dadurch die Wahrheit desselben nicht nur gegen denjenigen, der in dem Prozesse, in welchem der Zeugenbeweis geführt wurde, sondern auch gegen jeden andern außer Zweifel gestellt wird, wenn nicht etwa dieser Dritte gegen die Zeugen Verwerflichkeits- oder Bedenklichkeitsgründe in Anregung bringt, welche früher nicht zur Sprache gekommen sind, und welche, wenn sie schon dazumal angewendet worden wären, die Beweiskraft der Zeugenaussagen vernichtet hätten. Ueberhaupt dürften die in einem andern Prozesse aufgenommenen Zeugenaussagen nach den nämlichen Vorschriften zu behandeln und zu beurtheilen sein, wie die zum ewigen Gedächtnisse aufgenommenen, woraus auch folgt, daß dem Dritten, gegen welchen sie nun angewendet werden, freigelassen werden müsse, auch von seiner Seite die besonderen Fragestücke an die Zeugen zu stellen, insofern ihre Vernehmung hierüber noch ausführbar ist. Das hier Gesagte gilt.

4) auch für den Fall, wenn der Beweis durch Zeugen mit Zuhülfenahme des Erfüllungseides hergestellt wird.

ad b) Sind über die Verträge schriftliche Urkunden errichtet, so sind in Ansehung der Beweiskraft derselben die §§. 112, 113 und 114, der allg. G. O. zu beachten. — In Beziehung auf den §. 113, welcher vorschreibt, daß den brieflichen Urkunden, welche Jemand errichtet hat, wider ihn Glauben beizumessen seien, worin also gefolgert werden muß, daß solche Urkunden gegen dritte Personen keinen Beweis gründen, dürfte jedoch, wie ich bereits in meinen Erläuterungen der allg. G. O. zu diesem §. bemerkte, Folgendes zu beachten sein: Es müssen nämlich hier jene Urkunden, welche das Faktum der Willenserklärung der Parteien selbst in sich enthalten, von jenen, welche nur dazu bestimmt sind, die Richtigkeit eines vorausgegangenen Faktums zu bestätigen, unterschieden werden. — Liegt in der Urkunde das Faktum selbst, so wird selbes dadurch jedem Dritten zur unmittelbaren Anschauung gebracht, und es kann sohin von einem weitern Beweise desselben keine Rede sein. Ist z. B. zwischen zweien Personen ein förmlicher schriftlicher Kaufvertrag errichtet worden, und es wird der Umstand, daß die vorgewiesene schriftliche Urkunde wirklich von denjenigen Personen herrühre, welche auf selben als Kontrahenten unterzeichnet erscheinen, — keinem Zweifel unterzogen, so kann das wirkliche Zustandekommen des Kaufvertrages zwischen diesen beiden Personen eben so wenig einem Bedenken unterworfen werden, als wenn der Kaufvertrag mündlich in Gegenwart eines Dritten abgeschlossen worden wäre, so wie im letzten Falle der Vertrag durch die von beiden Theilen mündlich ausgesprochenen Worte zur unmittelbaren Kenntniß des Dritten gebracht worden ist, — so geschieht dieses in dem ersten Falle durch die von den Kontrahenten zu Papier ge-

brachten Schriftzeichen. — Wird aber z. B. von Jemanden ein Schuldschein über ein zugezähltes Darleihen ausgefertigt, so wird nur das Faktum der Bestätigung des Schuldners das fragliche Darleihen wirklich zugezählt erhalten zu haben, nicht aber die Zuzählung des Geldes selbst zur unmittelbaren Anschauung gebracht. — Es kann daher auch durch einen solchen Schuldschein, wenn die Ausfertigung desselben von Seite des angeblichen Schuldners keinem Zweifel unterzogen wird, gegenüber dem Dritten nur ein Beweis des Umstandes gegründet werden, daß der Aussteller der Schuldurkunde den Empfang des Darleihens bestätigt habe, nicht aber auch, daß seine Bestätigung Wahrheit sei, und er das Darleihen wirklich zugezählt erhalten habe. In letzterer Beziehung macht der Schuldschein nur gegen ihn (den Schuldner) selbst, nicht auch gegen einen Dritten einen Beweis.

Indessen muß in letzterer Beziehung darauf Rücksicht genommen werden, wer denn diese dritten Personen sind, gegen welche die von andern Personen ausgestellten Urkunden als Beweismittel beigebracht werden? — Sind es die Erben desselben, so vertreten sie ganz natürlich dessen Stelle, und alle Urkunden, welche gegen den Erblasser selbst als beweismachend angesehen werden, müssen die Erben auch gegen sich als beweismachend anerkennen.

Dieses muß auch in der Regel nach den gegenwärtig bestehenden Gesetzen von den Gläubigern des Ausstellers einer Urkunde gelten, welche das Gesammtvermögen oder einen Theil desselben in Exekution gezogen haben, wenn die betreffenden Urkunden schon zur Zeit der Eröffnung des Konkurses oder der ergriffenen Exekution ausgefertigt waren. — Erst nach der Hand von dem Schuldner ausgefertigten Urkunden wird schon dermalen gegen diese Gläubiger keine Beweiskraft zuerkannt.

Wenn aber die von Seite des Schuldners ausgestellten Urkunden nur unter der Bedingung einen Beweis machen, wenn sie vor Eröffnung des Konkurses oder der Ergreifung der Exekution ausgefertigt worden sind, so entsteht die bisher jedoch nur in Beziehung auf die Bestätigung des richtigen Empfanges des Heirathsgutes von Seite des in Konkurs verfallenen Ehegatten öffentlich zur Sprache gekommene Streitfrage, ob das Datum der Urkunde gegen die Gläubiger beweise?

Wie nun aber diese Frage nach den gegenwärtig bestehenden Gesetzen immer beantwortet werden mag, so bleibt doch immer so viel außer Zweifel gesetzt, daß es dem Schuldner ein Leichtes sei, durch Zurückdatirung der Urkunde im listigen Einverständnisse mit einem Dritten diesem als angeblichen Gläubiger ein Beweismittel zu verschaffen, wogegen die andern Gläubiger, wenn nicht ganz zufällig besonders günstige Umstände für sie

eintreten, ganz außer Stande gesetzt sind, den Gegenbeweis zu liefern, daß die Urkunde erst später ausgefertiget worden sei. — Wenn in einem Konkursfalle ein angeblicher Gläubiger eine von dem Kridatar erst nach Ausbruch des Konkurses datirte Schuldurkunde produzirt, worin der letztere den Empfang eines ihm bereits vor Ausbruch des Konkurses zugezählten Darleihens bestätiget, — so wird diese Empfangsbestätigung ohne Zweifel schon nach den dermaligen Gesetzen gegen die Gläubiger als ein zureichendes Beweismittel nicht anerkannt werden. Befürchtet man nun, daß der Schuldner nach ausgebrochenem Konkurse zu Gunsten eines Dritten eine solche unwahre Bestätigung ausgefertigt habe, so ist nicht einzusehen, warum diese Besorgniß nicht auch auf das Vordatiren eines solchen Schuldbekenntnisses ausgedehnt werde. — Derjenige Schuldner, den sein Rechtsgefühl nicht abhält, ein solches falsches Schuldbekenntniß auszustellen, wird doch nicht den geringsten Anstand nehmen, die Schuldurkunde, um derselben die nöthige Beweiskraft auch gegen dritte Personen zu verschaffen, auf einen früheren Zeitpunkt zu datiren, als sie wirklich ausgefertigt worden ist. —

Der Fall, wo durch dergleichen Zurückdatirungen von Urkunden die Gläubiger um ihr Recht gebracht werden, dürfte nicht selten bei verehelichten Schuldnern eintreten, wo, um einiges Vermögen für den Schuldner zu retten, solche Urkunden zu Gunsten der Ehegattin nächträglich ausgefertigt, und zurückdatirt werden. Hier dürfte also eine besondere Vorsorge der Gesetzgebung um so mehr an ihrem Platze sein, als der Grund, warum das Datum einer Urkunde gegen den Aussteller selbst beweismachend ist, offenbar darin beruht, weil der Aussteller in der Regel seine eigenen Akte doch nicht anfechten kann, und er, wenn wirklich das Datum unrichtig sein sollte, durch dasselbe deutlich zu erkennen gibt, daß es sein Wille sei, daß die Rechtswirkung der Urkunde nach dem Tage der Datirung beurtheilt werden solle. — So wie es aber nicht von dem Wollen des Schuldners abhängt, von welchem Zeitpunkte an die von ihm ausgefertigte Urkunde auch gegen seine übrigen Gläubiger von Rechtswirkung sein soll, so kann er auch nach der Natur der Sache durch das Datiren der Urkunde Demjenigen, zu dessen Gunsten er sie ausgestellt hat, keinen Beweis jenes Umstandes verschaffen, von dessen Dasein oder Nichtdasein es abhängt, ob der Urkunde selbst gegen dritte Personen Glauben beizumessen ist, oder nicht. Eben weil der Gegenbeweis, nämlich, daß die Urkunde erst später ausgefertigt wurde, als dessen Datum bezeichnet, für die Gläubiger äußerst schwer, und in vielen Fällen ganz unmöglich ist, mögen solche Bevortheilungen in der Prax häufiger vorkommen, ohne daß davon die Gerichte Kenntniß erlangen, und ohne daß sich selbst die Gläubiger Zweifel dagegen zu erregen erlauben.

Obige Bemerkungen leiten selbst auf jene Fälle, wo es höchst bedenklich wird, die Datirung einer Urkunde gegen den Aussteller derselben selbst als beweismachend anzuerkennen. — Diese Fälle sind, wenn der Aussteller wegen Blöd- oder Wahnsinn oder wegen Verschwendung unter Kuratel gesetzt wird. — Wie leicht mir es einem Verschwender gemacht, durch das Datiren einer Schuldurkunde auf einen Zeitpunkt, bevor gegen ihn die Kuratel verhängt worden ist, neue Schulden zu contrahiren.

Meines Dafürhaltens sollte daher in dem Gesetze ausdrücklich erklärt werden, daß das Datum einer Privaturkunde in der Regel nur gegen den Aussteller und dessen Erben, nicht aber auch gegen die übrigen Gläubiger desselben, und noch weniger gegen andere dritte Personen, deren Rechte von der Zeit der Errichtung der Urkunde abhängen, einen Beweis mache, und daß Derjenige, zu dessen Gunsten die Urkunde ausgefertiget ist, wenn er sich einen schriftlichen Beweis über das Datum, eigentlich darüber, daß die Urkunde zu einem bestimmten Zeitpunkte schon ausgefertigt war, verschaffen will, die Urkunde dem Notar vorzuweisen habe, welcher dann auf der Urkunde zu bestätigen hätte, daß ihm dieselbe an dem bestimmten Tage richtig zur Einsicht vorgelegt worden sei.

Die näheren Vorsichten, welche der Notar bei einer solchen Bestätigung zu beobachten hätte, wären in die besondere Instruktion für denselben aufzunehmen.

IX.

Ueber Todeserklärungen nach den Vorschriften des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches.

Wenn ein Abwesender, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, welcher auch mit der Benennung „Vermißter" bezeichnet wird, in so lange immer als lebend angesehen werden müßte, bis sein Tod rechtlich erwiesen wird, — so würden, wie Winiwarter in seiner Erläuterung des österreichischen Rechtes (Personenrechte S. 126.) ganz treffend bemerkt, daraus große Unzukömmlichkeiten entstehen. In vielen Fällen kömmt man gar nie dazu, den Tod eines solchen Vermißten durch die ordentlichen Beweismittel außer Zweifel stellen zu können; es müßte daher das Vermögen eines solchen Vermißten oder Verschollenen immerfort aufbewahrt und in seinem Namen verwaltet werden, und über manche Rechte, welche dem Verschollenen, falls er lebte, zustehen würden, könnte nicht entschieden werden, z. B. über den Anfall einer Erbschaft, oder eines Vermächtnisses,

über die Erbfolge in Familien-Fideikommissen und die zurückgelassenen dürften auf keinen Fall zu einer neuen Ehe schreiten. Diesen Uebelstand hat der österreichische Gesetzgeber dadurch zu beseitigen gesucht, daß er bei dem Vorhandensein gewisser thatsächlicher Verhältnisse den Tod eines Vermißten vermuthet.

Der §. **24** des allg. bürgerl. Gesetzbuches enthält nämlich hierüber folgende Vorschrift:

Wenn ein Zweifel entsteht, ob ein Abwesender oder Vermißter am Leben sei, oder nicht, so wird sein Tod unter folgenden Umständen vermuthet: **1.** *wenn seit seiner Geburt ein Zeitraum von* **80** *Jahren verstrichen, und der Ort seines Aufenthaltes durch zehn Jahre unbekannt geblieben ist;* **2.** *ohne Rücksicht auf den Zeitraum seiner Geburt, wenn er durch dreißig volle Jahre unbekannt geblieben;* **3.** *wenn er im Kriege schwer verwundet worden; oder wenn er auf einem Schiffe, da es scheiterte, oder in einer andern nahen Todesgefahr gewesen ist, und seit der Zeit durch drei Jahre vermißt wird. In allen diesen Fällen kann die Todeserklärung angesucht und unter den §.* **277** *bestimmten Vorsichten bewilliget werden.*

Indessen wäre es doch sehr bedenklich diese Vermuthung gleich bei dem Eintreten dieser Umstände ins Leben eintreten zu lassen, ohne das wirkliche Vorhandensein dieser Vermuthungsgründe einer genauen Prüfung unterzogen, und Vorkehrungen getroffen zu haben, um möglicher Weise von dem wirklich erfolgten Tode des Vermißten, oder seines fortwährenden Lebens eine Ueberzeugung zu erlangen. Darum gestattet das Gesetz auch nicht sogleich bei dem Vorhandensein obiger Umstände zur Erklärung zu schreiten, daß der Vermißte für todt zu halten sei, sondern schreibt dießfalls im §. **277** Folgendes vor:

Sucht Jemand bei Eintretung der durch das Gesetz in dem §. **24** *bestimmten Erforderungen die gerichtliche Todeserklärung eines Abwesenden an, so hat das Gericht für diesen Abwesenden vor Allem einen Kurator zu benennen, dann wieder durch ein auf ein ganzes Jahr gestelltes Edikt mit dem Beisatze einzuladen, daß das Gericht, wenn er während der Zeit nicht erscheint, oder das Gericht auf eine andere Art in die Kenntniß seines Lebens setzt, zur Todeserklärung schreiten werde.*

Der Kurator wird aufgestellt, um die allenfälligen Rechte des Abwesenden, der doch möglicher Weise noch bei Leben sein kann, zu schü-

zen; es ist seine Aufgabe, die Beweise jener Umstände, aus denen die Vermuthung des Todes des Vermißten hier geholet wurde, einer strengen Prüfung zu unterziehen, und seine allenfälligen Einwendungen dagegen geltend zu machen, so wie auch seine Bemühungen dahin anzuwenden, um allenfalls Spuren des Lebens des Verschollenen zu erhalten und sie weiters zu verfolgen.

Eben so hat die Ausfertigung des Ediktes, welches in die Zeitungsblätter aufzunehmen ist, zum Zwecke, dem Vermißten, wenn er noch am Leben sein sollte, von der Gefahr, die ihm drohet, aus dem Besitze seines Vermögens gesetzt zu werden, in die Kenntniß zu setzen, und ihn dadurch aufzufordern, diesem ihm drohenden Uebel dadurch vorzubeugen, daß er von seinem Leben das Gericht benachrichtiget. Haben nun diese angeordneten Vorsichtsmaßregeln keinen Erfolg, gelangt das Gericht ungeachtet derselben zu keiner Kenntniß des Lebens des Verschollenen, oder wenigstens von solchen Umständen, welche die durch obige Umstände begründete Vermuthung des Todes desselben wieder vernichten, dann kann mit Beruhigung angenommen werden, daß die durch das Eintreten der im §. **24** des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches berührten Umstände begründete Vermuthung des Todes des Vermißten, Wahrheit sei, und sohin schreitet der Richter dann zur wirklichen Todeserklärung, worin er diese sich auf obige Verhältnisse sich gründende Wahrheit, welche freilich keine evidente Gewißheit, sondern nur höchste Wahrscheinlichkeit ist, mit der wir uns bei thatsächlichen Fragen meistentheils begnügen müssen, zur formellen Gewißheit erhebt. Das Verfahren, welches über das Ansuchen in Todeserklärung Statt findet, und welches dann zur wirklichen Todeserklärung führet, ist eine Beweisführung aus dem Zusammentreffen von Umständen und die Todeserklärung dann nichts anderes als ein gerichtliches Erkenntniß, daß dieser Beweis hergestellt sei. Die im §. **278** b. G. B. enthaltene Anordnung, daß eine Todeserklärung den Beweis nicht ausschließe, daß der Vermißte noch am Leben sei, ändert an dieser Ansicht nichts. Denn auch der Beweis, der über den Tod eines Menschen durch Zeugen oder öffentliche Urkunden geführt wird, schließt in der Folge einen Gegenbeweis nicht aus.

Mit dieser Ansicht, die sich ganz folgerecht aus dem bisher angeführten Gesetzesstellen ergibt, steht aber die Bestimmung des §. **278** b. G. B. daß der Tag, an welchem eine Todeserklärung ihre Rechtskraft erlangt hat, für den rechtlichen Sterbetag eines Abwesenden gehalten wird, nicht im Einklange; weil dadurch angenommen wird, daß der Vermißte innerhalb der im §. **24** bestimmten Frist nicht gestorben sei. Durch obige Bestimmung gewinnt es ganz den

Anschein, als wenn die Todeserklärung eine Verurtheilung zum bürgerl. Tode wäre, was sie doch gewiß nicht ist; — und selbst dann, wenn sie es wäre, wäre es übertrieben, daß der Tag, an welchem die Todeserklärung ihre Rechtskraft erlangt hat, für den rechtlichen Sterbetag des Vermißten gehalten und dieser nicht vielmehr auf den Zeitpunkt gesetzt würde, als die Todeserklärung erfolgt, und dem Kurator des Abwesenden kund gemacht worden ist. Wir verstehen unter bürgerlichem Tod die Entziehung der bürgerlichen Rechte; und das römische Recht setzt mit demselben den Verlust aller Civilrechte in Verbindung.

Das französische Civil-Gesetzbuch aber dehnt die Wirkungen des bürgl. Todes nicht so wie das römische Recht auf den Verlust aller bürgerlichen Rechte aus, sondern führt im Art. 25 namentlich jene Civilrechte auf, welche durch den bürgerlichen Tod verloren gehen, die übrigens einen bedeutenden Umfang haben, so daß der Unterschied zwischen dem französischen und römischen Rechte in dieser Beziehung nicht von Bedeutung ist. — In unsern Gesetzen kömmt der Ausdruck „bürgerlicher Tod" gar nicht vor. Nach dem oben aufgestellten Begriffe eines bürgerlichen Todes kömmt ein ähnliches Verhältniß, jedoch mit einer sehr großen Beschränkung, auch in dem §. 23 St. G. B. I. Thl. und in den §§. 574 und 868 des bürgerlichen Gesetzbuches vor, nach welchen einem zur Todesstrafe, dann zur schweren und schwersten Kerkerstrafe verurtheilten Verbrecher die rechtliche Fähigkeit entzogen wird, unter Lebenden ein verbindliches Geschäft zu schließen, und einen letzten Willen zu errichten. Diese Wirkung tritt aber zu Folge dieser gesetzlichen Bestimmungen nicht erst an dem Tage ein, an welchem das Urtheil in Rechtskraft erwachsen, sondern an dem, als es ihm angekündet worden ist. Denn die Bemerkung des Herrn Dr. Ellinger in seinem Handbuche des österreichischen Civilrechtes, daß hier bloß von Kundmachung solcher Urtheile die Rede sei, die keinem weiteren Zuge unterliegen, ist in dem von ihm berufenen Hofdekrete vom 31. Jänner 1821 Nr. 1735 nicht gegründet.

Ein auffallenderer Widerspruch scheint mir aber bei einer Todeserklärung, welche eigentlich den Ausspruch enthält, daß der Tod eines Menschen als erwiesen anzusehen sei, zu sein, den Tod erst an dem Tage rechtlich als eingetroffen anzunehmen, an welchem dieses Erkenntniß in die Rechtskraft erwachsen ist, weil dadurch indirecte ausgesprochen ist, daß derselbe zur Zeit des geschöpften Erkenntnisses noch nicht rechtlich für todt gehalten werden konnte.

Uebrigens darf man nicht glauben, daß es sich hier blos um juridische Spitzfindigkeiten handle, und daß im Wesentlichen nichts daran gelegen sei, auf welchen Zeitpunkt der rechtliche Sterbetag eines Vermißten bezo-

gen werde, da doch Niemand früher auf Grund einer solchen Todeserklärung Rechte in Ausführung bringen könne, als diese Todeserklärung wirklich in Rechtskraft erwachsen ist. Denn die Festsetzung des rechtlichen Todestags eines solchen Vermißten kann ja auch auf die Beantwortung der Frage, welcher Person das Recht zusteht, sich das Vermögen des als todt Erklärten zuzueignen, so wie auch die Größe dieses Vermögens selbst von großer Bedeutung sein.

Um die praktische Bedeutung des Gegenstandes gegenwärtiger Erörterungen sogleich in die Augen fallend zu machen, will ich mich hier mit Anführung eines Beispieles begnügen, von dem man nicht wird behaupten können, daß es zu gesucht sei, und daß Fälle der Art nicht leicht vorkommen können.

Franz, der ein bedeutendes Vermögen besitzt, unternimmt eine Reise zu Wasser. Das Schiff, auf dem er sich befindet, scheitert, und seit dieser Zeit ist derselbe wie verschwunden, und es erschallt keine Nachricht weder von seinem Leben noch von seinem Tode. Nach Verlauf von drei Jahren suchen dessen zwei Brüder Karl und Joseph, da ihr Bruder unverheirathet ist und sie daher die gesetzlichen Erben seines Vermögens sind, eine Todeserklärung desselben an, worüber das im §. 277 vorgeschriebene Verfahren eingeleitet wurde. Kurz vor Ablauf des Ediktaltermines erkrankt der Bruder Karl, welcher gleichfalls kinderlos ist, und in den mit seiner Gattin geschlossenen Ehepakten diese zur Universalerbin seines Nachlasses eingesetzt hat. Die Aerzte erklären den Krankheitszustand des erkrankten Bruders der Art, daß sein Tod wohl die unvermeidliche Folge desselben sein werde, daß dieser jedoch schnell nicht erfolgen dürfte. Erfolgt nun die Todeserklärung des Franz vor dem Tode seines Bruders Karl, und kömmt sie auch noch vor diesem zur Rechtskraft, so gelangt dieser gemeinschaftlich mit seinem Bruder Joseph zum Besitze des von ihm hinterlassenen Vermögens, wogegen in dem Falle, als diese Todeserklärung später erfolgt, oder in die Rechtskraft erwächst, der Bruder Joseph in den Alleinbesitz des Vermögens des todterklärten Bruders Franz gelangt.

Also von einem solchen Zufalle, von willkührlichen Handlungen des Gerichtes und der Parteien sind solche wichtige Rechte abhängig gemacht. Beeilt sich nämlich nach abgelaufenem Termine das Gericht die Todeserklärung des Franz auszusprechen, so kann es geschehen, daß noch beide Brüder das Vermögen des Verschollenen zu theilen haben, während dasselbe bei einiger Zögerung dem Bruder Joseph allein zugefallen wäre!

Welche Macht ist dadurch dem Gerichte eingeräumt, den Einen oder Andern zu begünstigen? welchen Anfechtungen können dadurch die Amtshandlungen des Richters ausgesetzt werden? welchen Anlaß kann dieses den

Parteien zu Umtrieben geben? Setzen wir den Fall, die Todeserklärung erfolge zu einer Zeit, wo der Bruder Karl noch am Leben ist; wird nicht selbst in dem Falle, als die Todeserklärung auf solch erwiesenen Umständen beruht, welche eine Abänderung dieser Erklärung von Seite des Obergerichtes gar nicht als möglich denken lassen, der Bruder des erkrankten, dem Tode zueilenden Karl den Kurator dahin zu vermögen suchen, daß er, jedoch nur ganz kurze Zeit vor Ablauf der Rekursfrist, den Rekurs an das Obergericht ergreife? — Ueberhaupt fällt es auf, daß es in die Macht des Kurators gestellt ist, das Leben des Verschollenen (in Bezug auf dessen Rechtsfolgen) abzukürzen oder zu verlängern, je nach dem er nämlich gegen die vom erstern Richter ausgesprochene Todeserklärung rekurrirt oder nicht?

Nach meinem Dafürhalten sollte also in dem Falle einer Todeserklärung, die auf dem in dem §. 24 a. b. G. B. aufgezeichneten Verhältnisse beruht, ein anderer Zeitpunkt als der rechtlich anzunehmende Todestag des Verschollenen bezeichnet werden, als derjenige Tag, an welchem die Todeserklärung in die Rechtskraft aufgewachsen ist. Da in dem erstern Falle, von welchem der §. 24 des a. b. G. B. Erwähnung macht, gleich nach Ablauf des dreißigsten, und in dem zweiten nach Ablauf des zehnten Jahres von dem Zeitpunkte an, als die Abwesenheit des Verschollenen zu laufen begann, und sich auch kein Merkmal seines Lebens mehr kund gab, die gesetzliche Vermuthung in das Leben tritt, daß der Verschollene wirklich gestorben sei, so sollte eigentlich schon von diesem Zeitpunkte an dessen Tod als eingetreten angesehen werden. — Da sich jedoch der eigentliche Tag, an welchem die Abwesenheit des Verschollenen, verbunden mit der Ungewißheit über sein Leben, zu laufen begann, in den meisten Fällen schwer ermitteln läßt, so könnte man sich hier dabei beruhigen, wenn der Tag, an welchem die Todeserklärung angesucht wird, als der rechtliche Sterbetag des Vermißten angesehen würde — vorausgesetzt, daß zur Zeit des Ansuchens um Todeserklärung die rechtliche Vermuthung des Todes schon eingetreten war — denn würde sie vor diesem Zeitpunkte angesucht, so müßte Bittsteller mit seinem Gesuche abgewiesen werden, weil ihm der §. 24 b. G. B. nur berechtiget um die Todeserklärung anzusuchen, wenn die in selben festgesetzen Bedingungen eingetroffen sind. Hat er vernachläßiget, um die Todeserklärung sogleich nach Verlauf des in dem §. 24 bestimmten Zeitraumes von dreißig oder zehn Jahren anzusuchen, und kömmt er dadurch zu Schaden, so hat er sich diesen Nachtheil nur selbst zuzuschreiben.

Ueberdieß tritt in dem im §. 24 erwähnten dritten Fall ein ganz eigenes Verhältniß ein. Denn wird ein Vermißter aus dem Grunde für

todt erklärt, weil er im Kriege schwer verwundet wurde, oder weil er auf einem Schiffe, da es scheiterte, oder in einer andern nahen Todesgefahr gewesen ist, und seit dieser Zeit durch drei Jahre vermißt wird, so ist diese Todeserklärung auf die Vermuthung gebaut, daß er an der erlittenen Verwundung gestorben, oder in dieser Todesgefahr umgekommen ist. — Denn würde z. B. durch die, in Folge des gestellten Ansuchens um Todeserklärung eingeleiteten Maßregeln erhoben, daß sich der Vermißte zwar richtig auf einem Schiffe befand, welches gescheitert ist, würde aber zugleich in Erfahrung gebracht, daß er z. B. 14 Tage nach diesem Unfalle in einem Orte gesehen worden ist, folglich durch diesen Umstand sein Leben nicht eingebüßt habe, so könnte er offenbar nicht für todt erklärt werden, ungeachtet z. B. erst vier Jahre nach diesem Zeitpunkte um die Todeserklärung angesucht worden wäre. Hier erscheint die Unzukömmlichkeit noch auffallender den Tod des Vermißten erst mit dem Tage als eingetreten anzusehen, an welchem die Todeserklärung in Rechtskraft erwachsen ist. Aus eben diesem Grunde kann aber auch nicht derjenige Tag, an welchem um die Todeserklärung angesucht wurde, als der rechtliche Sterbetag angesehen werden. Wäre es nicht höchst sonderbar, wenn Demjenigen, der im Jahre 1844 auf einem Schiffe sich befand, während es scheiterte, und seither durch mehr als drei Jahre nicht zum Vorschein gekommen ist, in Ansehung dessen folglich vermuthet werden muß, daß er durch diesen Unfall sein Leben eingebüßt habe, das Vermögen seines im Jahre 1847 verstorbenen Bruders, als gesetzlichen Erben desselben eingeantwortet werden würde?

Meines Dufürhaltens sollte daher in einem solchen Falle, von welchem der §. 24 Nr. 3 Erwähnung macht, in der Todeserklärung selbst derjenige Tag angegeben werden, welcher für den Sterbetag des Vermißten zu halten sei. In den meisten Fällen wird dieses keinen Schwierigkeiten unterliegen, wie z. B. wenn ein Mensch in einen Fluß stürzen gesehen wurde, und selber hierauf nicht mehr zum Vorschein kam. In diesem Falle kann es wohl keinem Anstande unterliegen, den Tag, als sich dieser Unfall ereignete, auch als den Sterbetag des Vermißten zu erklären.

Etwas schwieriger scheint die Feststellung dieses Zeitpunktes in andern Fällen, wenn z. B. angebracht und erhoben wird, daß der Vermißte schwer verwundet worden, oder an einem Nervenfieber krank gelegen sei. — Hier könnte das Gericht allenfalls Sachverständige vernehmen, ihnen die gepflogenen Erhebungen vorlegen, und sie befragen, bis zu welchem Tage, in der Voraussetzung, daß der Vermißte an der Verwundung, oder am Nervenfieber gestorben ist, sein Tod sicherlich schon erfolgt sein müßte.

X.

Bemerkungen zu den in dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für die österreichischen Staaten enthaltenen Bestimmungen über Verträge.

Bei Feststellung der Vorschriften über Vorträge scheinen sich aus der Natur und dem Zwecke derselben folgende, die einzelnen Bestimmungen hierüber leitende Grundregeln an die Spitze zu stellen.

1. Es soll das Gesetz eine möglichst genaue, aus der Natur der Verhältnisse abgeleitete Klassifikation der Verträge in bestimmte Gattungen und Arten derselben feststellen, und den Begriff eines jeden Vertrages mit der möglichsten Klarheit und Genauigkeit bestimmen, damit kein Zweifel entstehe, in welche Gattung und Art jeder einzelne, in der Erscheinungswelt überhaupt zu Stande gekommene Vertrag zu reihen sei;

2. soll das Gesetz aus der für jede Gattung und Art der Verträge festgestellten Erklärung die einzelnen aus ihrer Wesenheit sich ergebenden, und ihrer Natur zusagenden Bestimmungen festsetzen;

3. dabei auch den wahrscheinlichen Willen der Kontrahenten mit Sorgfalt und Umsicht berücksichtigen;

4. bei diesen einzelnen gesetzlichen Bestimmungen zwischen den besonderen Vertragsgattungen und Arten selbst eine solche Harmonie herstellen, daß die allgemeinen Prinzipien, aus welchen bei einer Gattung und Art der Verträge die einzelnen Bestimmungen hergeleitet werden, mit den Prinzipien anderer Vertragsarten, welche nicht aus ihrer Eigenthümlichkeit entspringen, durchaus in keinen Widerspruch gerathen;

5. soll bei den einzelnen Bestimmungen jede zweideutige Textirung so viel als möglich vermieden, und jeder Unterschied zwischen logischer und grammatikalischer Auslegung unfruchtbar gemacht werden; wobei

6. es besonders wünschenswerth wäre, daß die einzelnen Ausdrücke in den verschiedenen Stellen des Gesetzes auch immer nur in einer gleichen Bedeutung angewendet werden, endlich

7. soll dahin gestrebt werden, daß die gesetzlichen Bestimmungen dießfalls auch mit der möglichsten Vollständigkeit abgefaßt werden; so daß sich

jeder einzelne Fall, wenn auch für ihn kein besonderes Gesetz besteht, unter welches er subsumirt werden könnte, doch nach einer allgemeinen, im Gesetze ausgedrückten Regel entscheiden lasse.

Bei Durchgehung der über Verträge im Allgemeinen sowohl als in Einzelnen in dem allg. bürgl. Gesetzbuche vorkommenden Bestimmungen habe ich nun in mehreren derselben Manches gefunden, was gegen diese hier aufgestellten Grundregeln zu verstoßen scheinet, und ich unternehme es daher, meine Anstände dem juridischen Publikum zur Prüfung vorzulegen. Dabei muß ich vorläufig bemerken, daß hier nur von den das Sachenrecht angehenden Verträgen, nicht auch von dem Ehevertrage die Rede ist, welchem eine eigene Abhandlung gewidmet werden soll.

I.

Nach der Natur der Sache und dem Begriffe, den wir mit dem Ausdrucke „verbindlich" verknüpfen, können nur solche Verträge als einseitig verbindlich angesehen werden, bei deren Abschließung nur Ein Theil Verbindlichkeiten auf sich nimmt, und für zweiseitig verbindliche Verträge müssen diejenigen gehalten werden, bei denen beide Theile Verbindlichkeiten gegen einander eingehen. —

Nach dieser aus der Natur der Sache hergeholten Begriffsbestimmung kann aber nicht jeder zweiseitig verbindliche Vertrag auch als ein entgeltlicher angesehen werden. Denn entgeltlich kann nur ein Vertrag genannt werden, wenn nach der Absicht der beiden Paciscenten die Verbindlichkeit welche der eine Theil auf sich nimmt als eine Vergütung derjenigen Verbindlichkeit erscheint, welche der andere Theil eingehet. So erklärt z. B. der §. **1004** des bürgerlichen Gesetzbuches ausdrücklich, daß der Bevollmächtigungsvertrag entweder zu den entgeltlichen oder unentgeltlichen Verträgen gehöre, je nachdem nämlich für die Besorgung des fremden Geschäftes eine Belohnung ausdrücklich oder stillschweigend bedungen wird, oder nicht. — Dessen ungeachtet übernehmen auch bei einem unentgeltlichen Bevollmächtigungsvertrage beide Kontrahenten gegenseitige Verbindlichkeiten. Der Gewalthaber verpflichtet sich, das Geschäft seinem Versprechen und der enthaltenen Vollmacht gemäß, emsig und redlich zu besorgen (§. 1009), dann dem Machtgeber den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen, und die bei dem Geschäfte vorfallenden Rechnungen, so oft dieser es verlangt, vorzulegen (§. **1012**); der Gewaltgeber aber macht sich anheischig, dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand zu ersetzen, und ihm auf Verlangen zur Bestreitung der baren Auslagen auch einen

angemessenen Vorschuß zu leisten, so wie allen durch sein Verschulden entstandenen, oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden zu ersetzen. (§. 1014). Ebenso verhält es sich mit dem Leihvertrage, der doch allgemein als ein unentgeldlicher Vertrag, und zwar zu Gunsten des Entlehners angesehen wird, und durch welchen doch dieser letztere die Verbindlichkeit auf sich nimmt, die Sache nach Verlauf der Zeit wieder zurückzustellen (972) und allen aus seinem Verschulden dem Lehnstücke zugegangenen Nachtheile zu vergüten (§. 978 und 979 b. G. B.)

Es dürfte also die Bestimmung des §. 864 b. G. B., in welchem es am Schlusse heißt: die ersten (einseitigen) werden also ohne Entgelt, die andern (zweiseitigen Verträge) aber mit Entgelt geschlossen, dem natürlichen Begriffe von einseitiger oder zweiseitiger Verbindlichkeit nicht entsprechen, und selbst mit einzelnen gesetzlichen Bestimmungen nicht im Einklange sein, wo der Ausdruck „zweiseitig verbindlich" offenbar selbst im oberwähnten natürlichen Sinne des Wortes angewendet wird.

So heißt es im §. 1369: „Was bei Verträgen überhaupt Rechtens ist, gilt auch bei dem Pfandvertrage. Er ist „zweiseitig verbindlich." Dieser Ausdruck: er ist „zweiseitig verbindlich" kann nun nicht mit dem „er wird gegen Entgelt geschlossen" gleich bedeutend genommen werden; denn der Pfandgeber als solcher (wenn nämlich nebst dem Pfandvertrage nicht auch andere Nebenbedingungen eintreten), bezweckt bei dem Pfandvertrage nicht die Erwerbung eines neuen Rechtes von seiner Seite, sondern will dadurch bloß die Rechtssphäre des Pfandnehmers erweitern. —

Es läßt sich zwar allerdings denken, daß sich der Pfandgeber eine Gegenleistung ausbedinge, welche als eine Vergütung für die Last, die er durch den Pfandbetrag übernimmt, angesehen werden könnte, in welchem Falle er allerdings als ein entgeltlicher Vertrag zu halten wäre; allein eine solche Nebenbestimmung wäre eine rein zufällige, nicht einmal natürliche, um so weniger wesentliche Beschaffenheit des Pfandvertrages. Auch gibt der §. 1369 im weitern Verfolge selbst an, in welcher Beziehung der Pfandvertrag als ein zweiseitig verbindlicher Vertrag angesehen werden müsse, da er sagt: „Der Pfandnehmer muß das Handpfand wohl verwahren und es dem Verpfänder, sobald dieser die Befriedigung leistet, zurückgeben. — Betrifft es eine Hypothek, so muß der befriedigte Gläubiger den Verpfänder in den Stand setzen, die Löschung der Verbindlichkeit aus den öffentlichen Büchern bewirken zu können." — Diese Verbindlichkeiten des Pfandnehmers sind nun offenbar nicht von der Art, daß sie als ein Entgelt für die Hergebung des Pfandes angesehen werden können, sondern das Gesetz legt sie hier dem Pfand-Inhaber zur Erleichterung der Last des Pfandgebers auf.

Uebrigens redet der §. 864 b. G. B. blos von entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen, und aus der Textirung dieses §. könnte man schließen, und ist bereits wirklich so geschlossen worden, daß es kein mittleres, sohin auch keine gemischten Verträge gäbe; denn ein ausgezeichneter österreichischer Rechtslehrer drückt sich dießfalls folgender Gestalt aus: die Eintheilung der Vorträge in schlechterdings unentgeldliche, rein entgeltliche und gemischte muß daher aus der Rechtswissenschaft verbannt werden, so wie sie auch aus dem Gesetzbuche ausgeschlossen ist *).

Allein das bürgerliche Gesetzbuch macht später im §. 935 von solchen gemischten Verträgen selbst ausdrücklich Erwähnung, und verknüpft noch die Rechtsfolge damit, daß bei ihnen das Rechtsmittel der Schadloshaltung wegen Verletzung über die Hälfte nicht Platz greife. Solche gemischte Vorträge kommen auch auf dem Lande bei Güterabtretungen von Eltern an ihre Kinder, wo sich erstere für die Ueberlassung ihres Anwesens oft nur eine mäßige Abgabe an Geld oder Naturalien bedingen, häufig vor, und sie sind auch in der Natur der Sache gegründet. Bei diesen Verträgen nimmt der Promittent auf die Persönlichkeit des Promissars Rücksicht, und begnügt sich daher mit einem geringern Entgelt, als er erhalten haben würde, wenn er ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit des Promissars den Vertrag abgeschlossen hätte. Der Promittent will zwar sein Recht nicht ganz unentgeltlich in die Rechtssphäre des Promissars überlassen, was bei rein unentgeltlichen Verträgen geschieht, aber er bezwecket ebenso wenig aus der Rechtssphäre des Promissars so viele Rechte in die eigene zu ziehen, daß sie als eine volle Vergütung dessen, was er dem Promissar überläßt, angesehen werden könnten, wie dieses bei rein entgeltlichen Verträgen der Fall ist. Rein unentgeltliche Verträge erscheinen auf Seite des Promittenten lediglich als Akte der Freigebigkeit, bei rein entgeltlichen Verträgen verschwindet das Motiv der Freigebigkeit ganz. Bei gemischten Verträgen hingegen tritt das Motiv der Freigebigkeit wieder hervor, doch nicht so rein und in die Augen springend, wie bei den rein unentgeltlichen Verträgen. —

Die Eintheilung der Verträge in schlechterdings unentgeltliche, rein entgeltliche und gemischte, ist daher der Natur der Sache und den vorkommenden Erfahrungen entsprechend, und es scheint räthlich, von dieser Eintheilung bei dem §. 864 Erwähnung zu machen. Durch diese Bemerkungen meine ich die angetragene Abänderung des §. 864 gerechtfertigt zu haben, und glaube hier noch beifügen zu müssen, daß der französische Civil-

---

* Man sehe die Abhandlung des Professors Schuster in der Wagnerischen Zeitschrift 1830, V. Heft, pag. 237—285.

Kodex in den Artikeln **1101** — **1104** gleichfalls die zweiseitigen Verträge von den entgeltlichen, oder wie sich der Code ausdrückt, tauschmäßigen (commutatif) genau unterscheidet, und die Begriffe beider Arten von Verträgen auf eine ähnliche Art, wie hier geschehen ist, festgestellt.

Diesen Bemerkungen zufolge dürfte der §. **864** d. b. G. B. auf folgende Art textirt werden:

„Verträge sind einseitig verbindlich, je nachdem nur Ein Theil dadurch eine Verbindlichkeit auf sich nimmt, oder beide Theile dadurch Verbindlichkeiten gegen einander eingehen. Erscheint die Verbindlichkeit, welche der eine Theil auf sich nimmt, nach der Absicht der Kontrahenten als eine volle Vergütung für das Recht, das der Andere ihm einräumt, so heißt der Vertrag ein rein entgeltlicher; ist sie dagegen als keine Vergütung anzusehen, ein unentgeltlicher. Wenn durch die von einer Seite übernommene Verbindlichkeit nur eine theilweise Vergütung desjenigen Rechts geleistet werden soll, das der andere Theil ihm einräumt, so ist ein gemischter Vertrag vorhanden. —

II.

Der §. **965** d. b. G. B. verfügt am Schlusse, daß der Promittent bis zur erfolgten vormundschaftlichen oder kuratorischen Einwilligung von seinem Versprechen nicht zurücktreten, aber eine angemessene Frist zur Erklärung verlangen könne. Bei Feststellung dieser letztern Bestimmung scheinen die Verfasser des österreichischen Gesetzbuches die §§. **11** — **13** des **I.** Theils **5.** Tit. des preußischen Landrechtes berücksichtiget zu haben, welche also lauten:

„Soll eine Person, welche durch Willenserklärungen neue Vortheile „zu erwerben fähig ist, durch einen von ihm geschlossenen Vertrag zugleich „Lasten übernehmen, so hängt die Gültigkeit des ganzen Vertrages von „der vormundschaftlichen Genehmigung ab. So lange der Vormund sich „noch nicht erklärt hat, kann der andere Theil von dem Vertrage nicht zu„rücktreten. Doch steht demselben zu allen Zeiten frei, dem Vormunde „eine Frist zu bestimmen, binnen welcher er sich über die Eintheilung oder „Versagung seine Genehmigung erklären müsse.“ —

Die Vorschriften des preußischen Gesetzbuches sind zwar klar, aber sie leiden an zweierlei Gebrechen, nämlich: a) daß in selben nur von einer Einwilligung des Vormundes die Rede ist, obschon auch das preu-

ßische Gesetzbuch mehrere Fälle aufzählt, in denen der Vormund nicht eigenmächtig handeln darf, sondern die Genehmigung des Gerichtes erwarten muß. — Der österreichische Gesetzgeber, der übrigens die Rechte des Vormundes in dieser Hinsicht noch weit mehr als das preußische Gesetzbuch beschränket hat, hat daher durch die Bestimmung des §. 865 diese Gebrechen beseitiget, und ausdrücklich auf die Fälle hingewiesen, wo die Einwilligung des Gerichtes hinzutreten muß. Ein weiteres Gebrechen des preußischen Gesetzbuches bestehet b) darin, daß es dem Promittenten ganz freigestellt hat, zu allen Zeiten ganz willkürlich die Frist zu bestimmen, binnen welcher die vormundschaftliche Erklärung erfolgen soll, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob binnen dieser Frist die Erklärung füglich erfolgen kann oder nicht. Diesem Gebrechen ist der österreichische Gesetzgeber dadurch ausgewichen, daß er verordnete, daß der Promittent eine angemessene Frist zur Erklärung forbern könne.

Indessen gibt die Textirung des österreichischen Gesetzes zu dem Zweifel Veranlassung, wer zu bestimmen habe, ob die Frist, die der Promittent zur Erklärung verlangt, angemessene sei oder nicht? und ob die Frist auch dann nothwendig eine angemessene sein müsse, wenn der Promittent gleich bei Abgabe seines Versprechens die Frist zur Erklärung bestimmt? Die letzte Frage scheint wohl nach der Natur der Sache verneinend beantwortet werden zu müssen. Denn steht es dem Promittenten, wie nicht gezweifelt werden kann, überhaupt frei, ein Versprechen zu machen, so muß es auch seiner Willkür anheim gestellt bleiben, unter welcher Bedingung er sich zur Leistung seines Versprechens verbindlich erklären wolle. Hat daher der Promittent gleich bei seinem Versprechen die Bestimmung des Zeitpunktes festgesetzt, bis zu welchem die Einwilligung abgegeben werden soll, so muß er berechtigt sein, nach Verlauf dieses Zeitpunktes von seinem Versprechen zurückzutreten, ohne Unterschied, ob diese Frist als eine angemessene angesehen werden kann oder nicht. — Ist aber bei Abgabe eines Versprechens kein Zeitraum zur Abgabe dieser Einwilligung bestimmt worden, und bringt daher der Promittent erst in der Folge auf eine Erklärung, dann kann allerdings die Frage entstehen, ob die Frist erst binnen welcher er diese Erklärung fordert, als eine angemessene angesehen werden könne oder nicht. Setzen wir z. B. den Fall: Jemand habe mit dem Vormunde eines Minderjährigen über ein dem letztern angehöriges Grundstück einen Pachtvertrag abgeschlossen, und derselbe wird dem vormundschaftlichen Gerichte zur Genehmigung vorgelegt. Nun erfolgt nach längerer Zeit keine Erledigung. Wie hat sich nun der Pächter zu benehmen? Kann er den Termin vorzeichnen, binnen welchem die Erfahrung erfolgen soll? oder muß er sich darauf beschränken, das Gericht um baldige Erklärung zu

ersuchen? und wenn im letztern Falle doch keine Erklärung erfolgt, ist er berechtigt, sich dießfalls an das App. Gericht zu wenden, und hat dasselbe das Recht, sich in die Vertragsunterhandlungen einzumengen, und den Termin festzusetzen, binnen welchem selbes seine Erklärung abzugeben hat? Die bejahende Beantwortung der letzteren Frage dürfte ohne eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes gegründeten Anständen unterliegen, indem in der Regel das vormundschaftliche Gericht nur Verpflichtungen gegen den Minderjährigen, nicht aber gegen dritte Personen (als solche) zu erfüllen hat, zu deren Erfüllung es von Amtswegen verhalten werden könnte. Wenn man aber auch diese letzte Frage bejahend beantworten wollte, so entsteht dann die weitere Frage, ob der Promittent in dem Falle, als auch der von dem Obergerichte der Vormundschaftsbehörde zur Abgabe ihrer Erklärung festgesetzte Termin fruchtlos verstreichen sollte, berechtigt sei, von dem Vertrage zurückzutreten. —

Um diese Zweifel und Anstände zu beseitigen, glaube ich, daß am Schlusse des §. 865 noch folgende Worte gesetzt werden sollen:

„Bestimmt der versprechende Theil gleich bei Abgabe des Versprechens die Frist, binnen der die Annahme erklärt werden soll, so hat es für jeden Fall dabei sein Bewenden. Ist aber bei Abgabe des Versprechens keine solche Frist ausdrücklich festgesetzt worden, und zögert der Vater, Vormund oder Kurator mit der Abgabe seiner Erklärung, so kann der Versprechende bei der Vormundschafts- oder Kuratelsbehörde, oder ist diese selbst in ihrer Erklärung säumig, bei dem Appellationsgericht, um Bestimmung einer angemessenen Frist ansuchen; nach Verlauf dieser Frist ist das Versprechen als erloschen anzusehen."

Wird nämlich gleich bei Abgabe des Versprechens von Seite des Promittenten der Termin bestimmt, binnen welchem die Einwilligung erfolgen soll, so ist derselbe aus dem oben angeführten Grunde genau zuzuhalten, und nach fruchtlosem Ablaufe dieses Termines soll das Versprechen nach der Analogie des §. 862 eo ipso erloschen sein, ohne daß es hiezu von Seite des Promittenten eines besondern Widerrufes bedarf. Ist aber gleich bei Abgabe des Versprechens keine Zeitfrist zu obigem Zwecke bestimmt worden, so kann es nicht mehr in der Willkür des Promittenten liegen, um solche Zeitfrist zu bestimmen, sondern derselbe hat, wenn der Vormund mit Abgabe der Erklärung zögert, die Bestimmung dieser Zeitfrist bei dem vormundschaftlichen Gerichte, und wenn dieses selbst mit der Erklärung zurückhält, bei dem Obergerichte anzusuchen.

III.

Der §. 423 der a. b. G. O. verordnet, daß sich kein Advokat auf den Fall, da er den Prozeß gewinnen würde, eine besondere bestimmte Belohnung voraus bedingen soll, und daß ein solches Bedingen nicht nur unkräftig, sondern jener Advokat noch besonders zu bestrafen wäre, welcher es eingegangen hätte. Es dürfte kein Zweifel sein, daß diese von der im Gesetzbuche §. 879 Nr. 3 enthaltenen Anordnung etwas abweichende Vorschrift durch letztere nicht als aufgehoben zu betrachten sei, indem beide Anordnungen mitsammen bestehen können und die Eingangsworte des §. 879 deutlich anzeigen, daß durch die besondere Erwähnung der dort vorkommenden Verträge, die als ungültig angesehen werden sollten, auch noch die an andern Orten als ungültig erklärten Verträge, fortan als nichtig betrachtet werden sollen. —

Indessen dürfte doch diese Behauptung der Gefahr einer nicht ganz grundlosen Anfechtung nicht enthoben sein, indem man sagen könnte: das Kundmachungspatent, womit das bürgerliche Gesetzbuch in das Leben eingeführt wurde, erkläre ausdrücklich alle auf die Gegenstände des allgemeinen bürgerlichen Rechtes sich beziehenden Gesetze und Gewohnheiten aufgehoben, und nehme hievon nur die über politische Kameral- oder Finanzgegenstände kundgemachten, die Privatrechte beschränkenden oder näher bestimmenden Verordnungen aus. Da nun aber die Bestimmung, daß der Vortrag, zufolge welchem sich ein Advokat fur den Fall, da er den Prozeß gewinnen würde, nichtig sei, dem bürgerlichen Gesetzbuche ebenso angehört, wie die im §. 879 Nr. 3 enthaltene Anordnung, so muß dadurch die Vorschrift des §. 423 der a. G. O., insofern darin von der Ungültigkeit der erwähnten Bedingung die Rede ist, gleichfalls als aufgehoben angesehen werden. Diese Ansicht dürfte dadurch noch eine festere Begründung erhalten, daß der §. 23 d. III. Theils des westgalizischen Gesetzbuches als Entwurf gegenwärtigen Gesetzbuches Nr. 2 ausdrücklich den Vertrag als ungültig erkläret, wenn der Rechtsfreund sich von seiner Partei für die Behauptung eines Prozesses im voraus eine bestimmte Belohnung bedingt, und man daher mit vielem Grunde durch die abändernde Textirung des gegenwärtigen §. auf eine Aufhebung der früheren dießfälligen Bestimmung folgern könnte. Man könnte zwar sagen, daß der Ausdruck „Uebernehmung eines Prozesses" auch schon den Umstand, daß sich der Advokat für die Behauptung dessen eine Belohnung bedinge, in sich fasse. Dieß ist allerdings dann richtig, wenn gleich bei Uebernehmung des Prozesses diese Bedingung beigerückt wird, allein es kann sich ereignen,

daß der Advokat, nachdem er den Prozeß bereits übernommen, und ihn vielleicht schon zu führen begonnen hat, die Partei dazu vermöge, ihm für den Fall, wenn er den Prozeß behauptet, eine bestimmte Belohnung zuzusichern. Um daher jeden Anstand in dieser Hinsicht zu beseitigen, scheint es räthlich zu sein, die Bestimmung des §. 423 d. G. O. insofern er von der Unkräftigkeit eines derlei Uebereinkommens spricht, auch in die Vorschrift des §. 879* aufzunehmen.

Daher dürfte der §. 879 so lauten:

3. Wenn ein Rechtsfreund sich für die Übernehmung oder Behauptung eines Prozesses eine bestimmte Belohnung bedingt, oder eine anvertraute Streitsache an sich löset.

IV.

Da der §. 879 b. G. B. anordnet, daß in Ansehung der Bedingungen überhaupt die nämlichen Vorschriften gelten, welche über die den Erklärungen des letzten Willens beigesetzten Bedingungen aufgestellt worden sind, so ist es auch nothwendig diese Bestimmungen einer Prüfung zu unterziehen. Hier glaube ich nun in Ansehung der in dem §. 698 ausgesprochenen Anordnung Folgendes bemerken zu müssen.

Am Schluß dieses §. ist nun angeordnet, daß alles Dasjenige, was in demselben von unmöglichen Bedingungen gesagt ist, auch von unerlaubten Bedingungen gelte. Da nun in selben bestimmt ist, daß eine auflösende unmögliche Bedingung als nicht beigesetzt angesehen werde, so muß nach der erwähnten Vorschrift das Nämliche auch von unerlaubten Bedingungen behauptet werden.

Das a. b. G. B. selbst gibt keine ausdrückliche Erklärung von erlaubten und unerlaubten Bedingungen und überläßt daher dieselbe der Doktrin. Da nun aber der §. 696 eine Bedingung überhaupt als eine Ereignung erklärt, wovon ein Recht abhängig gemacht wird, und daher auch eine unmögliche Bedingung allgemein dann als vorhanden angenommen wird, wenn der Umstand, von dem das Recht abhängig gemacht wird, in den Zusammenhang wirklicher Erscheinungen gar nicht eintreten kann, so dürfte man sehr geneigt sein eine unerlaubte Bedingung dann als vorhanden anzunehmen, wenn das Recht von einer Handlung abhängig gemacht wird, welche in den Zusammenhang wirklicher Erscheinungen nicht eintreten soll, weil selbe einem ausdrücklich positiven oder völlig bestimmten Tugendgesetz zuwiderläuft. Bei einer unmöglichen Bedingung bezieht sich die Unrichtigkeit offenbar nicht auf die Erklärung des Erblassers oder des Paciscenten selbst; denn in diesem Sinne würde es gar keine unmögliche

Bedingung geben, sondern auf den Umstand, von dem nach dem Willen des Erklärenden ein Recht abhängig gemacht werden soll; folgerecht muß daher auch bei unerlaubten Bedingungen geschlossen werden, daß die Unerlaubtheit nicht auf die Erklärung selbst, sondern auf den Thatumstand bezogen werden müsse, von dem ein Recht abhängig gemacht wird. Eine unmögliche Bedingung verändert ihre Natur nicht, ob sie aufschiebend oder auflösend gesetzt wird, — es scheint sohin auch das Nämliche bei unerlaubten Bedingungen angenommen werden zu müssen.

Würde man aber den Ausdruck „unerlaubte Bedingung" in dem hier berührten Sinne nehmen, so würden aus den Endworten des §. 698 Resultate herauskommen, die unmöglich von dem höchsten Gesetzgeber beziel worden sein konnten. Wenn z. B. der Erblasser anordnete, A. soll mein Erbe sein, er soll aber die Erbschaft verlieren, wenn er den B. mordet, so müßte man nach dem oben erklärten Begriffe behaupten, der Erblasser habe seiner Anordnung, daß A sein Erbe sein soll, eine auflösende unerlaubte Bedingung beigerückt und sie wären daher nach der Vorschrift des §. 698 wie schon im Allgemeinen oben erwähnt wurde, für nicht beigesetzt anzusehen.

Nun kann man doch unmöglich annehmen, daß der Gesetzgeber eine Disposition für nicht beigesetzt angesehen haben will, welche offenbar abzielet, den mit einem Vortheile Bedachten von Begehung einer unerlaubten Handlung abzuhalten.

Es ist daher offenbar, daß der Ausdruck „unerlaubte Bedingung" in einem ganz andern Sinne genommen werden müsse, als hier oben aus der gesetzlichen Erklärung einer Bedingung überhaupt entwickelt worden ist; und das Beiwort „unerlaubt", nicht auf die Handlung selbst bezogen werden dürfe, von welcher ein Recht abhängig gemacht wird, sondern auf die Erklärung angewendet werden müsse, gemäß welcher ein Recht von einer Handlung abhängig gemacht wird. —

Eine unerlaubte Bedingung in diesem Sinne wird also diejenige Willenserklärung sein, zufolge welcher Jemanden durch die Verübung einer unerlaubten, d. i. einer Handlung, die entweder durch die Gesetze ausdrücklich verboten ist, oder dem guten Willen zuwider läuft, oder Unterlassung einer durch das Rechts- oder Sittengesetz gebotenen Handlung ein Vortheil verschafft werden soll.

Dieser Begriff einer unerlaubten Bedingung scheint auch dem französ. Civil-Gesetzbuche zu Grunde zu liegen, da Art. 1172 anordnet: „Jede Bedingung, die eine Unmöglichkeit zum Gegenstande hat, oder den guten Sitten zuwiderläuft, oder durch die Gesetze verboten ist, ist ungültig u. s. w."

Es nehmen zwar einige Lehrer des österreichischen Rechtes, die übrigens im Wesentlichen mit vorstehender Erklärung übereinstimmen, das Wort „unerlaubt" in einer engeren Bedeutung, und verstehen unter unerlaubten Handlungen nur solche, welche einem ausdrücklichen Justiz- oder politischen Verbotsgesetze zuwiderlaufen *), und meinen, daß Handlungen, die durch kein Gesetz der bürgerlichen Freiheit entgegen sind, wenn sie auch dem Moralgesetze widerstreben, als eine unerlaubte Bedingung nicht angesehen werden können. Dieses ergebe sich aus der eigentlichen Bedeutung des Wortes „unerlaubt", indem dieses als Gegensatz des Wortes „erlaubt" allezeit etwas bezeichnet, was dem rechtlichen Vermögen entgegen oder aus der bürgerlichen Freiheit gesetzt wurde. Daß der Gesetzgeber wirklich diese Bedeutung mit dem Worte „unerlaubt," verbindet, sei aus mehreren Gesetzstellen ersichtlich, wo dasselbe vorkommt, wie z. B. aus den §§. 878 und 1174 des b. G. B. Wollte man unter dem Unerlaubten hier auch jene Handlungen verstehen, die zwar in der bürgerlichen Freiheit liegen, aber doch dem Sittengesetz widerstreiten, so wäre bei dieser Ansicht die Sicherheit des Verkehres beinahe gänzlich untergraben; denn da würde es wenige Geschäfte geben, die gegen jede Anfechtung gesichert wären, und dann würden gewisse rechtliche Folgen an Umstände geknüpft erscheinen, über deren Dasein dem Richter, weil der Mensch den sittlichen Werth einer Handlung gehörig zu würdigen außer Stande ist, die nöthige Ueberzeugung nicht verschafft werden könnte.

Allein der Begriff von unerlaubten Handlungen in jener Ausdehnung, als er oben von dem Verfasser aufgestellt wurde, rechtfertigt sich durch den §. 26 d. b. G. B., in welchem unerlaubte Gesellschaften diejenigen genannt werden, welche durch die politischen Gesetze insbesondere verboten werden, oder offenbar die Sicherheit der öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreiten.

Der Verfasser glaubt auch nicht, daß der Ausdruck „unerlaubt" der im §. 878 b. G. B. vorkömmt, in der obenangedeuteten gegenseitigen Bedeutung genommen werden könne, denn schon nach dem natürlichen Privatrechte wird mit gewichtigen Gründen der Satz vertheidiget, daß die Uebertretung einer völlig bestimmten ausnahmslosen Pflicht, wenn sie auch nur durch das Tugendgesetz geboten ist, nie zum Gegenstande eines gültigen Vertrages gemacht werden könne. Ein (äußeres) Recht frei gegen das Tugendgesetz zu handeln, sei, wie v. Zeiller bemerkt, indem Moralität zwanglos sein muß, denkbar, aber ein Recht, Jemanden zu einer Handlung,

*) Man sehe des Professors Dr. Josef Helm Abhandlung über den Begriff und die Eintheilung der Bedingungen nach dem a. b. G. B. Wagner's Zeitschrift 1825, 4. Heft pag. 206.

welche offenbar dem Tugendgesetze widerstreitet, zu zwingen eben aus diesem Grunde ein Unding *).

Aus diesen Bemerkungen halte ich es daher, um eine Auslegung zu vermeiden, die zu Resultaten führen könnte, die der Absicht des höchsten Gesetzgebers schlechterdings widerstreiten, wenigstens sehr räthlich, daß sich in dem Gesetze ausdrücklich ausgesprochen werde, was unter einer unmöglichen und unerlaubten Bedingung zu verstehen sei, und trage daher auf folgenden Zusatz zu dem §. an:

„Sie ist möglich oder unmöglich, je nachdem die Ereignung nach den Naturgesetzen eintreten kann oder nicht; sie ist unerlaubt, wenn dadurch Jemanden aus der Verübung einer unerlaubten, d. i. solchen Handlung, die entweder durch die Gesetze ausdrücklich verboten ist, oder den guten Sitten zuwiderläuft, oder wenn aus der Unterlassung einer durch ein Rechts-, politisches oder Tugendgesetzgebotenen Handlung Jemanden ein Vortheil verschafft werden soll; im Gegentheile ist sie erlaubt."

Dadurch erhält nun auch der §. 897 seine eigentliche Bedeutung.

V.

Die §§. 897, 898 sprechen im Wesentlichen das Nämliche aus, was der §. 29 des III. Theiles des westgalizischen Gesetzbuches verordnet. Er lautet nämlich dahin:

„Was in Ansehung der Bedingungen bei letztwilligen Verordnungen „Rechtens ist, gilt überhaupt bei Verträgen, mit der Ausnahme, daß „unmögliche und unerlaubte Bedingungen, welche einem Testamente seine „Wirksamkeit nicht benehmen, die Kraft und Gültigkeit der Verträge auf„heben. Vertragende Theile können dergleichen Ungereimtheiten auswei„chen; Erben und Legatarien können es nicht." —

Es muß aber hier bemerkt werden, daß nach der Vorschrift dieses Gesetzbuches (II. Theil §. 485) unmögliche und unerlaubte Bedingungen das Erbrecht weder aufschieben, noch auflösen können. Das neue a. b. G. B. erklärt aber §. 698 die Anordnung, wodurch Jemanden unter einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung ein Recht ertheilt wird, schon bei einer letzten Willenserklärung für ungültig und nur die auflösenden, unmöglichen oder unerlaubten Bedingungen werden nach diesem

*) Man sehe v. Zeiler's und R. R. Egger's natürliches Priv. Recht §. 104.

§. bei letzten Willenserklärungen als nicht beigesetzt angesehen. Es bezieht sich sohin auch der §. 898 nur auf die auflösenden unmöglichen oder unerlaubten Bedingungen.

Der in dem galizischen Gesetzbuche am Schlusse des zitirten §. angeführte Grund, womit diese Verordnung gerechtfertigt wird, passet aber ebenso wie das vom Hofrathe v. Zeiller in seinem Kommentare zur Begründung der legislatorischen Anordnung des §. 898 angeführte Motiv, daß bei Verträgen, welche mit wechselseitiger Einwilligung geschlossen werden, jeder Theil es sich selbst zurechnen müsse, daß er ein Recht von einer Bedingung abhängen läßt, welche nach dem Gesetze nicht bestehen kann, nur auf die aufschiebenden, unmöglichen oder unerlaubten und auch die auflösenden, unerlaubten, nicht aber auch auf die auflösenden, unmöglichen Bedingungen. Setze man z. B. Jemand habe sich durch einen Vertrag verbindlich gemacht, einem Andern ein Haus zu überlassen, wenn er eine bereits verstorbene Person heirathet oder wenn er einen Dritten ermordet; oder Jemand habe einer Weibsperson, einer liederlichen Dirne ein Geschenk gemacht, und die Bedingung beigerückt, daß sie dieses Geschenk wieder verlieren solle, — wenn sie aufhören wird, ein unsittliches Leben zu führen. Hier wird es aus den in dem westgalizischen Gesetzbuche und dem Zeiller'schen Kommentar angeführten Gründen leicht begreiflich, warum der Gesetzgeber einen unter einer solchen Bedingung geschlossenen Vertrag für ungültig erklärt.

Im ersteren Falle ist es sogleich offenbar, daß das Ereigniß, bei dessen Eintreffen dem einen Theil ein Recht zustehen soll, gar nie eintreten könne, es ist daher ganz natürlich, daß eine solche Willenserklärung schon in seinem Ursprunge als wirkungslos angesehen werde, ebenso verdient im zweiten Falle weder Derjenige, der einem Andern unter solchen unerlaubten Bedingungen ein Recht überträgt, noch der, der dasselbe unter dieser Bedingung annimmt eine Begünstigung. Im dritten Falle endlich kann gleichfalls der Wille der Parteien in der Art, wie er erklärt wurde, nicht aufrecht erhalten werden, der Gesetzgeber erklärt daher die ganze Willenserklärung für ungültig, weil es dem wahren Willen des Kontrahenten nicht gemäß war, wenn er die Willenserklärung nur in dem Punkte, wo sie bestehen könnte, in Wirksamkeit erhalten wollte. —

In allen drei Fällen leuchtet aus der österreichischen Gesetzgebung die Tendenz hervor, den Willen der Parteien so viel als möglich aufrecht zu erhalten, und nur solche Willenserklärungen hintanzuhalten, welche zur Begehung unerlaubter Handlungen anreizen könnten. —

Sehr begreiflich ist es auch, warum das Gesetz auflösende, unerlaubte Bedingungen bei letzten Willenserklärungen als nicht beigesetzt

ansieht, während es Verträge unter solchen Bedingungen geschlossen, für ungültig erklärt, weil, wie das bürgerl. Gesetzbuch für Westgalizien zur Begründung seiner Bestimmung ausdrücklich hinzusetzt, vertragende Theile derlei Ungereimtheiten, eigentlich hier Unziemlichkeiten ausweichen können, Erben und Legatare aber nicht, oder wie v. Zeiller in seinem Kommentar anführt, es sehr unbillig wäre, wenn Unbesonnenheiten, deren sich der Erblasser in seiner einseitigen, zum Vortheile der bedachten Person errichteten Willenserklärung bedienet, dieser letzteren, welche daran schuldlos ist, zum Schaden gereichen sollen; wo hingegen bei Verträgen, die mit wechselseitiger Einwilligung zu Stande kommen, jeder Theil sich selbst zurechnen müsse, daß er ein Recht von einer Bedingung abhängen läßt, welche nach dem Gesetze nicht bestehen kann. —

Warum aber auflösende, unmögliche Bedingungen, welche bei letzten Willenserklärungen als nicht beigesetzt angesehen werden, Verträge ungültig machen sollen, ist weder durch den vom westgalizischen Gesetzbuche ausdrücklich angeführten Grund, noch durch die vom Hofrathe v. Zeiller in seinem Commentare angeführten Motive erklärbar, noch läßt nach Erachten des Verfassers sich irgend ein annehmbares Motiv auffinden, welches dem höchsten Gesetzgeber zu dieser Anordnung bewogen haben konnte, — vielmehr scheint diese Anordnung mit der deutlichen Absicht des Gesetzgebers die den gesetzlichen Anordnungen in Ansehung der unerlaubten und unmöglichen aufschiebenden und unerlaubten auflösenden Bedingungen zum Grunde liegt, im Widerspruch zu stehen.

Als Grund der Anordnung, daß auflösende, unmögliche Bedingungen bei letzten Willenserklärungen für nicht beigesetzt anzusehen sein, hat Hofrath v. Zeiller bei Kommentirung des §. 698 selbst angegeben, „weil man in dem Falle, als eine solche auflösende unmögliche Bedingung gesetzt wird, sicher ist, daß sie nicht eintreffen und das Recht nicht auflösen werde." Dieses angegebene Motiv ist auch so sehr in der Natur der Sache gegründet, daß sich dagegen schwerlich etwas erinnern läßt. Dieser Grund streitet aber auch offenbar für die Gültigkeit eines Vertrages, welchem eine solche Bedingung beigerückt wird. Soll der Vertrag ungültig sein, in welchem der Vater seinem Sohne sein Haus mit dem Beisatze abtritt, daß er ihm dasselbe wieder zurück übergeben müsse, wenn er die Anna (welche bereits gestorben ist) ehelichet? Nach dem Wortlaute des §. 898 muß diese Frage bejahend beantwortet werden, weil die hier dem Vertrage angeführte Bedingung bei einer letzten Willenserklärung offenbar als nicht beigesetzt angesehen werden müßte; der Verfasser ist aber nicht im Stande einen Grund aufzufinden, wodurch sich diese Anordnung rechtfertigen läßt. Der Vater

will, daß der Sohn sein Haus haben solle; aber er will nicht, daß er die Anna heirathen soll, und um ihn daher von dieser Handlung abzuhalten, setzt er diesen Umstand dem Vertrage, wodurch er ihm sein Haus überläßt, als auflösende Bedingung bei. Nun ist hier der Fall, daß der Sohn dem Willen des Vaters entgegen handeln werde, gar nicht mehr möglich; ist es daher hier nicht so viel, als wenn der Vater dem Sohne ganz unbedingt sein Haus überlassen hätte? War dem Vater zur Zeit der Abschließung des Vertrages gar nicht bekannt, daß die Anna bereits gestorben sei, so ist die Sache auffallend, und mit Sicherheit anzunehmen, daß er, wenn er von diesem Umstande in Kenntniß gewesen wäre, dem Sohne das Haus ganz unbedingt abgetreten haben würde.

Sollte aber demselben, was gewiß der seltenere Fall sein wird, dieser Umstand doch bekannt gewesen sein, so kann die Beirückung einer solchen Bedingung wohl nur zum Scherze geschehen sein, denn der Wille des Vaters, daß der Sohn das Haus ganz ohne alle Beschränkung erhalten soll, leuchtet dadurch deutlich hervor, daß er den Verlust des zugedachten Hauses an einen Umstand knüpfte, von dem er wußte, daß er nie eintreten könne.

Aus diesem Grunde glaubt der Verfasser, daß die Disposition des §. 898 b. G. B. nur auf eine Verabredung, welcher eine auflösende, unerlaubte Bedingung beigerückt ist, beschränkt werden und daher der §. 898 dahin lauten soll: „Verabredungen, denen eine auflösende „unerlaubte Bedingung (§. 698) beigerückt ist, sind „ungültig."

VI.

Der §. 904 b. G. B. verordnet am Schlusse, daß die Vorschriften, welche in Rücksicht der den letzten Anordnungen (§§. 704—706) beigerückten Zeitbestimmung gegeben werden, auch hier (wo es sich um die Erfüllung von bereits bestehenden Verbindlichkeiten handelt) angewendet werden müssen.

Diese Vorschrift scheint gegründeten Bedenklichkeiten zu unterliegen, und dem aufgestellten Grundsatze, daß die gesetzlichen Bestimmungen bei Verträgen in der Regel nur den Willen der Parteien zu suppliren bestimmt sind, und daher den wahrscheinlichen Willen derselben ausdrücken sollen, nicht zu entsprechen. Denn es dürfte ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Falle abwalten, ob das Recht selbst, oder nur die Realisirung desselben von einem bestimmten Zeitpunkte abhängig gemacht wird. Setze man z. B. den Fall, daß Jemand, der die Hoffnung eine bestimmte

Anstellung zu erhalten, in sich nährt, Jemanden verspreche, ein bestimmtes Geschenk zu übergeben, wenn er diese Anstellung erhält. — Erhält er nun diese Anstellung nicht, — so ist er nach §. 704 b. G. B. ohne Zweifel von der Verpflichtung dieß Geschenk zu übergeben befreit, weil die Bedingung, unter welcher er das Geschenk verheißen hat, nicht eingetroffen ist. Setzen wir aber z. B. den Fall, daß Derjenige, der Hoffnung hat, eine bestimmte Anstellung zu erhalten, ein Darleihen aufnimmt, um dem Anleiher verspricht dasselbe zurückzuzahlen, wenn er die erwartete Anstellung erhält. — Kann man wohl nun annehmen, es sei in dem Willen des Darleihers gelegen, den Anleiher von der Verbindlichkeit das ihm gegebene Darleihen zurückzuzahlen zu befreien, wenn er die erwartete Anstellung nicht erhält? Wenn selbst Derjenige, der die Erfüllung einer Verbindlichkeit seiner Willkür vorbehalten hat, dennoch in gewissen Fällen, selbst bei seinen Lebzeiten, in anderen Fällen aber nach seinem Tode wenigstens dessen Erbe zur Erfüllung der Verbindlichkeit verhalten werden kann, warum soll Derjenige, der die Erfüllung der Verbindlichkeit auf einen Zeitpunkt einschränkte, von welchem er ungewiß ist, ob er kommen oder nicht kommen werde, dessen Kommen aber selbst mit Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt wird, von Erfüllung seiner Verbindlichkeit für befreit angesehen werden, wenn es sich zeigt, daß dieser Zeitpunkt nicht kommen werde.

Es scheint zwischen dem Falle, wo das Entstehen eines Rechtes von einer Ereignung abhängig gemacht wird, und dem, wo die Erfüllung einer übernommenen Verbindlichkeit an ein solches Ereigniß geknüpft wird, ein bedeutender Unterschied obzuwalten, wenn dabei auf den wahrscheinlichen Willen der Kontrahenten Rücksicht genommen wird. Soll ein Recht erst entstehen, so müssen die Erfordernisse hiezu vorhanden sein, welche die Kontrahenten selbst hiezu festgesetzt haben. Ganz anders verhält es sich aber, wenn die Kontrahenten nicht das Entstehen des Rechtes selbst, sondern nur die Erfüllung der dem Rechte entsprechenden Verbindlichkeit auf einen unsicheren Zeitpunkt bestimmt haben. Denn es liegt in der Natur einer Verbindlichkeit, daß sie erfüllt werden muß; eine Verbindlichkeit, von deren Erfüllung der Verpflichtete befreit sein soll, widerspricht der Natur und dem Begriffe einer Verbindlichkeit. Haben nun die Parteien die Erfüllung der Verbindlichkeit auf einen Zeitpunkt festgesetzt, von dem es ungewiß ist, ob er kommen werde oder nicht, so folgt daraus nur so viel, daß der Verpflichtete vor Eintreffen dieses Zeitpunktes, oder bevor, als nicht gewiß ist, daß dieser Zeitpunkt nicht kommen werde, zur Erfüllung der Verbindlichkeit nicht angehalten werden kann; ist es aber einmal gewiß geworden, daß der zur Erfüllung des Vertrages bestimmte Zeitpunkt nie kommen werde, dann muß ein an-

derer Zeitpunkt der Verbindlichkeit bestimmt werden; denn wollte man behaupten, daß er in diesem Falle von der Erfüllung der Verbindlichkeit ganz befreit sei, so würde eigentlich die Entstehung des Rechtes selbst und nicht eigentlich die Erfüllung der Verbindlichkeit von einer Ereignung abhänging gemacht, was ohne eine ausdrückliche Erklärung der Kontrahenten nicht anzunehmen ist. — Der §. 904 b. G. B. redet aber nur von der Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit, und sohin scheint der §. 704, welcher von dem Entstehen eines Rechtes selbst handelt, nicht angewendet werden zu können. Der Unterschied zwischen dem Entstehen eines Rechtes, und der Erfüllung der dem Rechte entsprechenden Verbindlichkeit hat das Gesetz in dem §. 904 selbst anerkannt. Denn hat eine Partei das dem andern zugedachte Recht selbst von ihrer Willkür abhängig gemacht, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß weder sie selbst, noch ihre Erben zur Erfüllung der dem benannten Rechte entsprechenden Verbindlichkeit (so lange sie selbst die vorbehaltene Willkür nicht aufhebt) verhalten werden könne; hat selbe aber nur die Erfüllung der Verbindlichkeit ihrer Willkür anheimgestellt, so können wenigstens ihre Erben zur Erfüllung verhalten werden.

Was soll nun aber Rechtens sein, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit auf einen Zeitpunkt festgesetzt wird, von dem es ungewiß ist, ob er kommen werde oder nicht und es sich in der Folge zeigt, daß dieser Zeitpunkt nie kommen werde?

Ich glaube nun, daß in einem solchen Falle nichts Anderes erübrige, als den Richter anzuweisen, den Zeitpunkt der Erfüllung nach Billigkeit festzusetzen. Es wäre daher anstatt des Schlußsatzes im §. 904 zu setzen:

„Dieses hat auch dann zu geschehen, wenn zur Zeit der Abschließung des Vertrages es ungewiß ist, ob der Zeitpunkt der für die Erfüllung desselben festgesetzt ist, kommen oder nicht kommen werde, und in der Folge erst gewiß wird, daß er nie kommen werde. Wäre es offenbar, daß die für die Erfüllung eines Vertrages festgesetzte Zeit nie kommen werde, so ist die Bestimmung dieser Zeit wie die Beisetzung einer auflösenden unmöglichen Bedingung anzusehen."

VII.

Viele sind der Meinung, daß zur Rechtsgültigkeit einer ohne wirkliche Uebergabe zu Stande gekommenen Schenkung eine blos von dem Geschenkgeber ausgestellte und unterfertigte Urkunde nicht genüge, sondern

daß auf dieser Urkunde auch die Acceptation des Geschenknehmers enthalten und vom Letztern unterfertigt sein müsse.

Diese Behauptung rührt offenbar daher, weil man annimmt, als ob der Gesetzgeber im §. 943 angeordnet hätte, daß Schenkungsverträge schriftlich errichtet werden müssen; ist dieses richtig, dann dürfte auch die hier im Eingange angeführte Meinung vollkommen gegründet sein, weil zu einem Vertrage Versprechen und Annahme erfordert wird. Wenn daher in der Urkunde blos das Versprechen enthalten, die Annahme aber blos mündlich oder durch Zeichen geschehen ist, so kann man nicht sagen, daß ein schriftlicher Vertrag zu Stande gekommen sei.

Allein es ist bemerkenswerth, daß der §. 943 b. G. B. sich keineswegs dahin ausdrückt, daß ein Schenkungsvertrag schriftlich geschlossen werden müsse, sondern dahin lautet, daß aus einem bloß mündlichen Schenkungsvertrage für den Geschenknehmer kein Klagerecht erwachse, sondern dieses Recht durch eine schriftliche Urkunde begründet werden müsse. Es scheint sohin nach der Textirung dieses §. zu genügen, wenn nur über das Versprechen die schriftliche Urkunde errichtet ist, weil man in diesem Falle nicht mehr sagen kann, daß ein b l o ß mündlicher Schenkungsvertrag vorhanden sei. Diese Behauptung scheint auch durch den Grund des Gesetzes gerechtfertigt zu werden. Denn die Ursache der in dem §. 943 verordneten Abweichung von der allgemeinen über die Form der Verträge aufgestellten Regel (§. 883) liegt, wie v. Zeiller in seinem Kommentar bemerkt, ohne Zweifel in der Betrachtung, daß junge, leichtsinnige oder schwache Gemüther, durch Erhitzung der Einbildungskraft, oder in einer oft absichtlich herbeigeführten Aufwallung des Geblütes zu unbesonnenen, gar bald wieder bereuten mündlichen Verheißungen hingerissen wurden, daß man sich dagegen nicht so rasch zur wirklichen Uebergabe, oder Abfassung einer schriftlichen Urkunde entschließe. Dieser Grund ist nur auf das gegebene Versprechen, nicht aber auch auf die Annahme desselben anwendbar. —

Vergleicht man aber den §. 856 mit dem hier erwähnten §., so dürfte man wieder geneigt werden, den Satz anzunehmen, daß, damit eine solche schriftliche Schenkung gültig sei, auch die Acceptation in der Urkunde enthalten sein müsse. Denn dieser sagt, daß eine Schenkung auf den Todesfall nur dann als ein Vertrag anzusehen sei, wenn der Beschenkte sie angenommen, der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat, und eine schriftliche Urkunde darüber, dem Beschenkten eingehändigt worden ist. Das Wörtchen „darüber" welches erst am Schlusse des §. vorkömmt, wo der Gesetzgeber gerade die Erfordernisse zu einer als Vertrag gültigen Schenkung aufzählt, läßt deutlich erkennen, der Gesetzgeber habe haben wollen, daß die dem Beschenkten eingehändigte

Urkunde, nothwendig auch die Annahme des Beschenkten enthalten müsse. Dasjenige nun, was von Schenkungen auf den Todesfall, wenn sie als Verträge gelten sollen, ausdrücklich durch das Gesetz angeordnet ist, scheint nun auch zur Verdeutlichung des §. 943 angenommen werden zu müssen.

Indessen scheint es doch, daß eine Anordnung des §. 956 zur Verdeutlichung und resp. Ergänzung des §. 943 nicht angewendet werden könne, indem der Gesetzgeber besondere Gründe haben konnte, anzuordnen, daß bei Schenkungen auf den Todesfall, wenn sie als Verträge gelten sollen, die Acceptation des Beschenkten auf der Urkunde enthalten sein müsse, Gründe, die bei Schenkungsverträgen unter Lebenden nicht vorhanden sind.

Schenkungen auf den Todesfall stehen in inniger Verwandtschaft mit den Erbverträgen. Denn bei Beiden verfügt der Eigenthümer über sein Vermögen für den Fall des Todes. Erbverträge aber waren den Römern so gehässig, daß sie selbe fast ganz aus dem Rechtsgebiete verbannten. — Ganz natürlich mußten sie daher auch Schenkungsverträge auf den Todesfall mit ungünstigen Augen ansehen. Sie verschärften daher bei Schenkungen auf den Todesfall die Bedingungen, welche bei andern Verträgen zu ihrer Gültigkeit hinreichten. Als die Deutschen das römische Recht in ihre Gerichtshöfe aufnahmen, waren Erbverträge bei ihnen eine tägliche Erscheinung. Seit alten Zeiten hatte die Gewohnheit sie unter höheren und niedern Ständen eingeführt. Die Deutschen hielten daher auch noch nach Einführung des justinianischen Gesetzbuches die Erbverträge aufrecht bestehen; fanden aber, da Schenkungen auf den Todesfall in dem römischen Gesetzbuche nicht unbedingt verboten waren, keine Veranlassung auch in diesem Punkte von den Vorschriften des angenommenen römischen Rechtes abzugehen, und auf diese Art sind bis zur Einführung des neuen b. G. B. ungeachtet auch in Oesterreich Erbverträge gegen die Vorschriften des justinianischen Codex aufrecht erhalten worden, doch die strengen römischen Gesetze in Ansehung der Schenkungsverträge auf den Todesfall sind auch in Oesterreich beibehalten worden. Schenkungen unter Lebenden waren dagegen nach österr. Gesetzen bis zur Erscheinung des gegenwärtigen Gesetzbuches an keine besonderen Förmlichkeiten gebunden. Das neue b. G. B. hat sich bei Erbverträgen wieder mehr an die strengen Vorschriften des römischen Rechtes angeschlossen und läßt selbe nur zwischen Ehegatten gelten, und auch bei diesen müssen solche Verträge schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werden. Es war also auch ganz konsequent, daß es bei Schenkungen auf den Todesfall, wenn sie als Vertrag gelten sollten, die schon früher gegoltenen strengen Vorschriften beibehielt, und da bei Erbverträgen sowohl Versprechen als Annahme durch eine schriftliche Urkunde begründet sein muß, so ist es auch ganz folgerecht, daß das Nämliche bei Schenkungen auf den Todesfall gelte.

Ganz anders verhält es sich aber bei Schenkungen unter Lebenden. Solche Schenkungen konnten früher auch mündlich gemacht werden; damit aber solche Schenkungen nicht aus bloßem Leichtsinn zu Stande kämen, was bei bloßen mündlichen Verheißungen nur zu leicht geschieht, schreibt der Gesetzgeber zur Gültigkeit derselben vor, daß sie entweder gleich mit der Uebergabe begleitet, aber doch durch eine schriftliche Urkunde, welche an dem ernstlichen Willen des Geschenkgebers nicht wohl zweifeln läßt begründet sein müssen. Die Beirückung der Acceptation auf der Schenkungs-Urkunde scheint also hier um so weniger erforderlich, als selbst Schenkungen auf den Todesfall dadurch, daß diese Acceptation in der schriftlichen Urkunde mangelt, nicht ganz wirkungslos werden, sondern dieser Mangel nur die Folge nach sich zieht, daß sie nicht als Verträge, sondern bei Vorhandensein der hiezu nöthigen Erfordernisse, als bloße letzte Willenserklärung angesehen werden.

Da nun aber die Erfahrung bewähret, daß Viele geneigt sind, Schenkungsverträge als ungültig anzusehen, wenn auf der Urkunde die Erklärung der Annahme nach §. 863 außer Zweifel erscheint, mangelt, diese Annahme der Schenkung aber durch die Annahme der Schenkungs-Urkunde selbst, außer Zweifel erscheint, so glaube ich, um alle Anstände bei diesen im praktischen Leben so häufig vorkommenden Fällen zu beseitigen, auf die entworfene abändernde Textirung des §. 943 antragen zu müssen:

„Dieses Recht muß durch eine schriftliche Urkunde, welche wenigstens das Versprechen in sich enthält, begründet werden."

VIII.

Schon bei Gelegenheit der nach Erscheinung des a. b. G. B. im Auslande erschienenen Rezensionen desselben wurde in Ansehung der Bestimmung des §. 949 die Frage aufgeworfen, von welcher Zeit an der Undankbare unredlicher Besitzer der geschenkten Sache werde? ob nämlich die Unredlichkeit des Besitzers erst mit dem Widerrufe der Schenkung beginne, da erst in diesem Zeitpunkte die Schenkung ihre Kraft verliert, oder ob der Undank bis zur Zeit der Handlung, die ihn in sich faßt, oder gar bis zur Zeit der Schenkung selbst hinaufgehe? Der Hr. Herausgeber der „Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Staaten" beantwortet in dem ersten Bande seiner vortrefflichen Zeitschrift §. 197 diese Frage dahin: der §. 949 sage deutlich, daß der Undank, also die

undankbare Handlung, sobald sie begangen worden ist, den Undankbaren zum unredlichen Besitzer mache. Mit diesem stimmt auch der Kommentar des Hofrath v. Zeiller überein.

Ohne Zweifel ist der österr. Gesetzgeber bei Feststellung der Bestimmungen über den Widerruf der Schenkung wegen Undank den Anordnungen des preußischen Landrechtes der Hauptsache nach gefolgt, dieses enthält nämlich (I. Theil 11. Titel §. 1167) die ausdrückliche Bestimmung: „Nur im Falle eines Widerrufes wegen Undank überkömmt der Geschenknehmer, von dem Augenblicke der begangenen Undankbarkeit, alle Lasten eines unredlichen Besitzers."

Indessen scheint es doch, daß der §. 948, welcher den Geschenkgeber im Falle eines begangenen Undankes lediglich berechtiget, die Schenkung zu widerrufen, mit der im §. 949 nach obiger Auslegung ausgesprochenen Bestimmug, daß der Undank den Undankbaren von dem Augenblicke der begangenen Undankbarkeit zum unredlichen Besitzer mache, nicht ganz in Harmonie stehe. Denn da die Schenkung durch den begangenen Undank nicht ipso facto für widerrufen angesehen wird, sondern das Gesetz §. 948 dem Geschenkgeber nur das Recht einräumt, die Schenkung zu widerrufen, so behält der Geschenknehmer sein Eigenthumsrecht auf die geschenkte Sache so lange fort, bis von Seite des Geschenkgebers dieser Widerruf erfolgt. Es scheint daher dem §. 326 nicht ganz zuzusagen, den Undankbaren schon von dem Zeitpunkte an, als unredlichen Besitzer zu behandeln, an dem er noch Eigenthümer, und zur Zurückstellung der Sache nicht verpflichtet ist.

Erwägt man die Folgen, welche die Bestimmung, daß der undankbare Geschenknehmer von der Zeit des begangenen Undankes an, als ein unredlicher Besitzer anzusehen sei, nach sich zieht, so ergibt sich:

a) daß er, von diesem Zeitpunkt an, mit der Sache nicht mehr als Eigenthümer willkürlich verfügen dürfe, sondern die Sache für den Geschenkgeber aufbewahrt halten müsse;

b) daß er von diesem Zeitpunkte an nicht nur alle durch den Besitz der geschenkten Sache erlangten Vortheile, sondern auch diejenigen, welche der Geschenkgeber erlangt haben würde, herausgeben, und allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden ersetzen müsse. Er hat daher nicht nur für eine durch sein Verschulden der Sache zugegangene Beschädigung, sondern auch für den Zufall zu haften, der die Sache bei dem Geschenkgeber nicht getroffen hätte.

Diese letzte, in dem §. 335 gegründete Vorschrift gründet sich offenbar auf die Ansicht, daß der unredliche Besitzer einer Sache die Sache mit Unrecht besitze, indem er die Sache entweder gar nicht hätte in Be-

sitz nehmen, aber in so fern er erst später von dem Umstande, daß sie einem Andern gehört, in Kenntniß kam, von diesem Augenblicke an, an den Eigenthümer hatte zurückstellen sollen.

Allein diese letzte Verpflichtung kann wohl auf Seite des Geschenknehmers in so lange nicht vorhanden sein, bis die Schenkung nicht widerrufen wird, indem die Zurückstellung der Sache an den Geschenkgeber früher nicht Platz greifen kann, bis dieser sich nicht erklärt hat, daß er die Sache wieder in seinem Besitz haben wolle.

Der §. 948 b. G. B. setzt den Widerruf des Geschenkgebers lediglich als eine das Eigenthumsrecht des Geschenknehmers auflösende Bedingung fest. —

Nun ordnet aber der §. 708 b. G. B. an, daß Derjenige, der eine Erbschaft oder ein Vermächtniß unter einer verneinenden oder auflösenden Bedingung erhält, gegen Denjenigen, welchem die Erbschaft oder das Vermächtniß bei dem Eintritte der Bedingung oder des bestimmten Zeitpunktes zufällt, die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten habe, welche einem Erben oder Legatar gegen den fideikommissarischen Substituten zukommen, er hat daher das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Pflichten eines Fruchtnießers (§. 631).

Die erste aber sub a) aufgeführte Folge, daß nämlich der Geschenknehmer von der Zeit des begangenen Undankes an, mit der geschenkten Sache nicht mehr willkürlich disponiren dürfe, ist sohin selbst in der Vorschrift der §§. 613 und 708 b. G. B. gegründet.

Die zweite aus der Vorschrift des §. 949 gezogene Folge ist aber in den Vorschriften, welche die rechtliche Wirkung einer auflösenden Bedingung festsetzen, nicht gegründet und steht mit denselben nicht im Einklange. Das widerrufliche Eigenthumsrecht des Geschenknehmers ist offenbar ein solches, welches, wie sich die römischen Rechtsgelehrten auszudrücken pflegen, ex nunc resolvirt wird, bei einem solchen widerruflichen Eigenthume aber gilt der Grundsatz, daß die Früchte, welche der widerrufliche Eigenthümer genossen hat, insolange ihm gehören, bis der Eigenthümer nicht wirklich widerrufen hat.

Um daher den §. 948 mit dem §. 949 und den andern dießfälligen gesetzlichen Bestimmungen in volle Harmonie zu setzen, erübrigt nach Ueberzeugung des Verfassers nichts Anderes, als die Textirung des §. 948 dahin abzuändern, daß, wenn der Beschenkte sich gegen seinen Wohlthäter eines groben Undankes schuldig macht, die Schenkung schon dadurch für widerrufen angesehen, und sohin der Geschenknehmer von dem Augenblicke des begangenen Undankes aller Pflichten und Lasten eines unredlichen Besitzers überkomme, oder bei dem §. 949, daß der Undankbare von der Zeit, als

ihm der Widerruf bekannt wird, für einen unredlichen Besitzer angesehen werde. —

Dieses erstere scheint der Natur der Sache und der Absicht des Gesetzgebers entsprechender. — Denn einem Undankbaren will man gewiß kein Geschenk machen, und es darf dem Willen des Geschenkgebers als vollkommen entsprechend angesehen werden, wenn man annimmt, daß der Fall, als sich der Geschenknehmer eines groben Undanks schuldig machen sollte, schon bei Schließung der Schenkungsverträge selbst als eine auflösende Bedingung stillschweigend bedungen ist. — So wie sich der berufene Erbe durch eine solche Handlung des Erbrechtes unwürdig macht, so macht sich auch der Geschenknehmer dadurch unwürdig, das Geschenk fortzubehalten, er soll das Geschenk von diesem Augenblick an als widerrufen ansehen, und sich zur Zurückstellung desselben verpflichtet fühlen, ohne erst eine ausdrückliche Erklärung des Geschenknehmers abzuwarten.

Wird aber der Geschenknehmer schon von dem Zeitpunkte der verübten undankbaren Handlung unredlicher Besitzer der Sache, so folgt daraus, daß er auch von diesem Zeitpunkte an aufhört, Eigenthümer der Sache zu sein und nur Verwahrer derselben wird. Ihn treffen sohin von diesem Augenblicke an, die im §. 835 b. G. B. mit dem unredlichen Besitze verknüpften Folgen. Er hat daher dem Geschenkgeber allen von dieser Zeit an durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen, und demselben nicht nur alle durch den Besitz der Sache erlangten Vortheile zurückzustellen, sondern auch diejenigen, welche der Geschenkgeber erlangt haben würde, und da der Erbe in alle Rechte des Erblassers eintritt, welche nicht im bloß persönlichen Verhältnisse desselben gegründet sind, so muß dieses Recht auch auf die Erben übergehen. Es ist daher nicht wohl begreiflich, warum dem Erben des Geschenkgebers im §. 949 nur das Recht eingeräumt ist, von dem Geschenknehmer Dasjenige zurückzufordern, was von dem Geschenke noch in Natur oder Werthe vorhanden ist. Setzen wir z. B. Jemand hat einem Andern eine Obligation pr. 4000 fl. geschenkt und der Geschenknehmer befindet sich zur Zeit des verübten Undanks noch im Besitze der Obligation. Erst nach verübtem Undanke, folglich zu der Zeit, als er schon als unredlicher Besitzer angesehen werden soll, veräußert er die Obligation und er ist zu der Zeit, als die Erben des Geschenkgebers die Widerrufungsklage gegen ihn anstellen, nur mehr in dem Besitze einiger hundert Gulden, die von dem bezogenen Kaufschillinge aus dieser Obligation herrühren. Wie kommt es nun, daß der Erbe nur mehr diese zurückzufordern das Recht hat, und nicht auf die Uebergabe der Obligation selbst bringen kann? soll sich durch den Tod des Geschenkgebers der bis dahin bestandene unredliche Besitz des Geschenknehmers auf einmal wieder in einen redlichen verwandeln?

Der Verfasser trägt demnach auf folgende Aenderung des §. 948 an:

„Wenn der Beschenkte sich gegen seinen Wohlthäter eines groben Undankes schuldig macht, so wird das Geschenk für widerrufen angesehen, und der Undankbare ist von dieser Zeit an, insofern der Geschenkgeber diesen Undank nicht verziehen hat, in welchem Falle dieser Widerruf wieder aufgehoben wird, als unredlicher Besitzer zu behandeln. Unter grobem Undank wird eine Verletzung am Leibe, an Ehre, an Freiheit oder an Vermögen verstanden, welche von der Art ist, daß gegen den Verletzer von Amtswegen, oder auf Verlangen des Verletzten nach dem Strafgesetze verfahren werden kann."

Würde daher der §. 948 auf vorstehende Art umgeändert, so dürfte der §. 949 ganz wegbleiben. Die Rechte und Verpflichtungen der beiderseitigen Erben ergeben sich wohl aus den dießfälligen allgemeinen Vorschriften des Gesetzes von selbst, und es dürfte wohl kein Grund vorhanden sein, in dem hier berührten Falle hievon Ausnahmen eintreten zu lassen. — Auch das preußische Gesetzbuch macht von selben keine ausdrückliche Erwähnung.

IX.

Welche äußere Förmlichkeiten eine Schenkung auf den Todesfall, wenn sie als Vertrag gültig sein soll, haben müsse, ob nämlich die dießfällige Urkunde, wenn sie von dem Geschenkgeber nicht selbst eigenhändig geschrieben oder unterschrieben ist, ebenso, wie eine widerrufliche Verfügung auf den Todesfall, von drei Zeugen unterfertigt sein müßte, dann ob hiezu jene äußeren Förmlichkeiten genügen, die zu einem Schenkungsvertrage unter Lebenden erforderlich sind, hat der §. 956 nicht näher bestimmt, und doch scheint es zur Vermeidung von Streitigkeiten wünschenswerth, daß der Gesetzgeber hier durch eine ausdrückliche Erklärung jeden Zweifel beseitige.

Um nun zu erörtern, ob das Eine oder das Andere durch das Gesetz festgesetzt werden solle, glaube ich die Natur der verschiedenen Arten von Schenkungen auf den Todesfall in nähere Betrachtung ziehen zu müssen.

Wer in Bezug auf den Todesfall etwas schenkt, kann eine aus dreien Intentionen haben, er kann nämlich a) dem Beschenkten dadurch ein mit einem Legatar gleiches Recht einräumen, und sich folglich den Widerruf

der gemachten Schenkung vorbehalten wollen, oder er kann b) auf das Recht seine Willenserklärung zu widerrufen, Verzicht leisten, dagegen sich vorbehalten mit der geschenkten Sache bei seinen Lebzeiten nach Willkür zu verfügen, so daß er z. B. wie bei Erbverträgen durch die Schenkung nur in seinen letzwilligen Verfügungen beschränkt erscheinen will; oder c) er kann dem Beschenkten schon bei Lebzeiten ein unwiderrufliches Recht auf die geschenkte Sache zugestehen wollen, so, daß nur die Uebergabe der geschenkten Gegenstände bis zum Todestage des Schenkers verschoben bleiben soll.

Die erstere Art der Schenkung ist der Natur der Sache nach ein bloßes Vermächtniß, denn wenn diese Art auch die Form eines Schenkungs-Vertrages dadurch erhält, daß die Annahme des Beschenkten hiezu tritt, was bei letzten Willenserklärungen, worin Vermächtnisse festgesetzt werden, der Fall nicht ist, so verliert diese Schenkung eben durch den Vorbehalt des Widerrufs die Eigenschaft eines Vertrages (§§. 861 u. 862) und nimmt dadurch die wesentliche Eigenschaft einer letzten Willens-Erklärung an. (§. 552). Hat aber der Geschenkgeber sich des Befugnisses, die Schenkung zu widerrufen, nicht ausdrücklich begeben, so wird nach Vorschrift des §. 956 der Vorbehalt dieses Widerrufes stillschweigend vorausgesetzt. Eine solche Schenkung kann daher auch nicht als Vertrag, sondern lediglich als eine letzte Willenserklärung wirksam sein; damit sie aber in dieser Eigenschaft von Wirkung sei, ist natürlich erforderlich, daß dabei die bei letzten Willenserklärungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet werden.

Die zweite sub b erwähnte Art der Schenkung auf den Todesfall, wo sich nämlich der Schenker das Recht vorbehält, mit der geschenkten Sache unter Lebenden beliebig zu verfügen, und sich dadurch nur des Rechts begibt, über die Sache auch letztwillig anders zu disponiren, sohin sich verpflichtet, die Sache, in sofern sie noch in seinem Nachlasse sein sollte dem Geschenkgeber zu überlassen, ist gleichsam ein Mittelding zwischen Vertrag und letztem Willen, oder eigentlich beides zugleich, und gleicht dem Erbvertrage, von dem sie sich nur wesentlich darin unterscheidet, daß die Gegenstände desselben eine bestimmte Summe, oder einzelne ihrer, Individualität oder ihrer Gattung nach bestimmte Sachen sind, während das Objekt des Erbvertrages der ganze Nachlaß oder eine bestimmte Quota desselben ist. Es ist kein Grund vorhanden an der Gültigkeit eines solchen Vertrages zu zweifeln. Da der Geschenknehmer durch einen solchen Schenkungsvertrag erst nach dem Tode des Geschenkgebers ein wirksames Recht erlangt, so hat er in dieser Hinsicht die Eigenschaft einer letzten Willenserklärung, und es scheint sohin aus der Natur derselben zu folgen,

daß er ebenso, wie der Erbvertrag schriftlich (§. 940) mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes erachtet werden müsse. (§. 1249). Man könnte eine solche Schenkung auf den Todesfall auch ein vertragsmäßiges Vermächtniß nennen.

Die Dritte eben sub. c erwähnte Art der Schenkung auf den Todesfall, wodurch dem Beschenkten schon bei Lebzeiten ein in jeder Hinsicht unwiderrufliches Recht auf die geschenkte Sache zugestanden wird, ist eigentlich eine Schenkung unter Lebenden, denn der Beschenkte hat hier durch die Schenkung ein bereits bestimmtes, obgleich nur persönliches Recht gegen den Geschenkgeber erlangt, und erscheint sohin als wirklicher Gläubiger desselben. Denn nur die Uebergabe der geschenkten Sache, nicht das Recht selbst auf dieselbe, ist bis zum Augenblicke des Todesfalles des Geschenkgebers aufgehoben. Etwas Aehnliches erklärt auch das Gesetzbuch für Westgalizien als Entwurf des Gegenwärtigen. Denn es heißt daselbst im §. 57 des III. Thls.: „Selbst, wenn festgesetzt wird, daß das Geschenk „erst am Sterblager des Schenkenden abgeführt werden soll, ist es noch „eine Schenkung unter Lebenden und wird wie ein Vertrag dieser Art „behandelt." — Das gegenwärtige Gesetzbuch gibt durch den in der Anordnung des §. 956 gewählten Ausdruck keine Veranlassung, diese aus der Natur der Sache hergeholte und mit dem Entwurfe übereinstimmende Ansicht als ungegründet zu erklären. Ein solcher Schenkungsvertrag scheint sohin der Testamentsförmlichkeiten nicht zu bedürfen.

In Beziehung auf diesen §. 956 des bürgerl. Gesetzbuches scheint auch Folgendes bemerkt werden zu müssen. Der Gegenstand der Schenkung unter Lebenden kann das ganze Vermögen oder ein in Beziehung auf das ganze Vermögen bestimmter Theil sein. (§. 944.) Da der §. 956 in Ansehung des Gegenstandes, der geschenkt werden kann, zwischen Schenkungen unter Lebenden und auf den Todesfall keinen Unterschied aufstellet, und der §. 58 III. Thl. des galizischen Gesetzbuches als Entwurf des Gegenwärtigen sogar die Bestimmung enthält, daß jeder rechtmäßige Eigenthümer befugt sei, sowohl von Todeswegen, als unter Lebenden sein Vermögen nicht nur zum Theil, sondern mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften auch ganz zu verschenken, so dürften Manche geneigt sein, auch eine Schenkung auf den Todesfall, welche das ganze Vermögen oder einen in Beziehung auf das ganze Vermögen bestimmten Theil zum Gegenstande hat, für gültig zu erklären, was freilich ein großer Irrthum wäre, indem eine solche Schenkung auf den Todesfall nichts Anderes als ein einseitiger Erbvertrag sein würde, welcher nach den Vorschriften des gegenwärtigen b. G. B. nur unter Ehegatten gültig geschlossen werden kann. — Das galizische Gesetzbuch konnte obenerwähnte

Bestimmung aufnehmen, weil es die Gültigkeit der Erbverträge nicht auf bestimmte Personen beschränkte.

Ob nun aber eine Schenkung auf den Todesfall, wenn aus der beigerückten Verzichtleistung auf den Widerruf nicht klar hervorleuchtet, ob der Geschenkgeber sich bloß des Rechtes über die geschenkte Sache anderweitig durch letzten Willen zu disponiren, oder auch des Befugnisses mit der Sache noch bei seinen Lebzeiten beliebig zu schalten, begeben wollte, unter die zweite oder dritte Art der Schenkungen subsumirt werden soll, scheint zweifelhaft. Da übrigens der §. 915 vorschreibt, daß bei einseitig verbindlichen Verträgen ein Zweifel angenommen werden müsse, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte, so dürfte wohl die Vermuthung für die oben sub b) berührte Art der Schenkungsverträge streiten.

Um die Streitigkeiten, die aus der Textirung des §. 956 entstehen könnten, und wohl auch entstanden sind, möglichst hintanzuhalten, trage ich auf folgenden Zusatz zu dem §. 956 an:

„Hat der Geschenkgeber sich zugleich des Befugnisses über die geschenkte Sache unter Lebenden zu verfügen, ausdrücklich begeben, so ist solcher Vertrag, wie jede andere Schenkung unter Lebenden, bei welchen die Uebergabe auf einen bestimmten Zeitpunkt festgesetzt worden ist, zu behandeln, außer diesem Falle erscheint ein solcher Vertrag als ein vertragsmäßiges Vermächtniß, und erfordert zu seiner Gültigkeit auch die für letztwillige Anordnung vorgeschriebenen Förmlichkeiten. Hat die Schenkung auf den Todesfall das ganze Vermögen, oder einen in Beziehung auf das ganze Vermögen bestimmten Theil zum Gegenstande, so ist selbe ganz als Erbvertrag anzusehen und zu behandeln."

X

Bereits hat ein rühmlichst bekannter Lehrer des österr. Rechtes in seinen Aufsätzen, wodurch er unter der Form der Feststellung neuer Lesearten mehrere §§. des b. G. B. einer scharfsinnigen Kritik unterzog, an der Erklärung des Verwahrs-Vertrages, wie sie der §. 957 des b. G. B. gibt, drei vermeintliche Gebrechen herausgehoben. Nach siner Meinung sollte nämlich*):

---

* Man sehe die Abhandlung des Herrn Professors Schuster's in der Wagner'schen Zeischrift 1848 X. Heft, Seite 192.

1. Das Wort „fremde" in diesem §. weggelassen werden, weil auch die eigene Sache des Verwahrers ein gültiger Gegenstand des Verwahrungsvertrages sein könne, und zwar sowohl in dem Falle, als dem Verwahrer der Umstand, daß die ihm in Verwahrung gegebene Sache sein Eigenthum sei, bekannt, als auch, wenn sie ihm unbekannt ist. Der erste Fall könne dann eintreten, wenn z. B. der Pfandgläubiger oder der Fruchtnießer, der jemanden eigenthümlich zugehörigen, beweglichen Sache, welche eine Reise vorhaben, diesen selbst ersuchten, die Sache bis zu ihrer Rückkunft in Verwahrung zu nehmen; der 2. Fall könne dann eintreten, wenn der Verwahrer endlich die Entdeckung macht, daß die ihm in Verwahrung gegebene Sache z. B. eine Uhr, eben dieselbe sei, welche ihm oder seinem Erblasser gestohlen wurde, daher sein Eigenthum ist; denn in einem solchen Falle wird er aus dem Verwahrungs-Vertrage noch immer verbunden bleiben, daher die Uhr dem Hinterleger zurückzustellen verpflichtet, und dann erst dieselbe mittelst der Eigenthumsklage anzusprechen berechtiget sein.

2. Bemerkt dieser Schriftsteller, daß vermöge des Wortlautes des gegenwärtigen §. ein Verwahrungs-Vertrag auch dann als abgeschlossen anzusehen sein würde, wenn man die Sache ohne Wissen des Besitzers wie z. B. der Finder, oder sogar gegen dessen Willen wie z. B. der unechte Besitzergreifer, in seine Gewahrsame übernimmt, was jedoch nicht zugelassen werden könnte; denn obschon diese Personen und zwar ersterer in jeder, letzterer aber in mancher Hinsicht nach denselben Grundsätzen wie Verwahrer beurtheilt werden, so seien sie doch aus keinem Verwahrungs-Vertrage verbunden, indem kein Vertrag abgeschlossen worden ist, und die sogenannten Scheinverträge (quasi contractus) aus dem Gebiete der Rechtsgelehrtheit, so wie überhaupt alle rechtlichen Dichtungen, soviel als nur thunlich ist, verbannt werden müssen. — Endlich

3. sei der Beisatz zur unentgeltlichen Obsorge zu machen, weil in dem Falle, als eine Sache zur entgeltlichen Obsorge übergeben wird, in der Wesenheit des Vertrages eine Aenderung vorgehe, und er dadurch in einen zweiseitigen Vertrag übergehe, wodurch ganz neue Bestimmungen, besonders in Absicht auf den Hinterleger, hinzukommen.

Diese letzte Bemerkung ist wohl ganz ungegründet, denn es haben zwar die Römer mit dem Wort Verwahrungs-Vertrag den Begriff der Unentgeltlichkeit verknüpft, in dem natürlichen Begriffe des Verwahrungsvertrages liegt aber der Begriff der Unentgeltlichkeit keineswegs, obschon auch manche Naturrechtslehrer diesen Begriff offenbar aus dem römischen Rechte entlehnt, wie dieß mit manchen andern Begriffen geschehen sein mag, in den Verwahrungs-Vertrag hineingelegt haben. Nach dem ge-

genwärtigen b. G. B. ist dieser Begriff durch den §. 969 offenbar ganz ausgeschlossen worden.

Dagegen scheinen die beiden ersteren Bemerkungen gegründet. Der französische Code civil hat zwar Art. 1915 den Gegenstand des Verwahrungs-Vertrages ebenfalls auf eine fremde Sache beschränkt, das preuß. Gesetzbuch drückt sich jedoch (I. Thl. 14. Tit. §. 9) ganz allgemein dahin aus:

„Wenn eine Sache Jemanden unter der Verpflichtung übergeben „wird, daß er sie aufbehalten und künftig zurückgeben solle, so ist unter „den Parteien ein verwahrungs-Vertrag vorhanden." —

Es wäre daher die Textirung des §. 957 dahin abzuändern:

„Wird Jemanden eine Sache in seine Obsorge übertragen und von diesem übernommen, so entsteht ein Verwahrungs-Vertrag. Das angenommene Versprechen, eine fremde, noch nicht übergebene Sache in die Obsorge zu übernehmen, macht zwar den versprechenden Theil verbindlich, es ist aber noch kein Verwahrungs-Vertrag."

XI.

Die Anordnung des §. 959 scheint dem wahrscheinlichen Willen der Kontrahenten nicht ganz zu entsprechen. Nehme man z. B. daß Jemand wegen einer vorhabenden Reise einem Andern seine Equipage auf zwei Monate zur Obsorge übergebe. In der Folge findet sich der Deponent entweder aus eigenem Antriebe, weil er z. B. selbst wünscht, daß seine Pferde während der Verwahrungszeit nicht ganz ohne Beschäftigung bleiben, oder über Ansuchen des Depositars veranlaßt, demselben die Befugniß einzuräumen diese Equipage während der Zeit mäßig benützen zu dürfen. Kann man nun in diesem Falle wohl annehmen, daß sich der Depositar dadurch auch habe verpflichten wollen, die zur Erhaltung des Pferdes ordentlicher Weise nöthigen Kosten, wie sie der §. 981 dem Anleiher zur Pflicht macht, zu bestreiten? oder daß der Deponent, wenn er z. B. noch vor Verlauf der bestimmten zwei Monate zurückkehrt, doch seine Equipage vor Ausgang der bestimmten Zeit nicht zurückfordern könne, weil dieses Recht dem Verleiher nach §. 976 in der Regel benommen ist? —

Der Zweck des Deponenten ist lediglich, daß die Jemanden anvertraute Sache vor Schaden bewahrt, und ihm dann, wenn er sie wieder zum Gebrauche nöthig hat, in Natur zurückgestellt werde. — Darin beruht eigentlich die Wesenheit des Verwahrungsvertrages. An dieser

wesentlichen Bestimmung des Verwahrungsvertrages wird nichts geändert, wenn der Deponent den Depositar auch einen einstweiligen unschädlichen Gebrauch der ihm anvertrauten Sache gestattet. Das Befugniß des Depositars die Sache während der Verwahrungszeit gebrauchen zu dürfen, liegt freilich eben nicht in der Natur des Verwahrungsvertrages, und es ist daher eine ganz der Natur der Sache angemessene Bestimmung des §. 958 b. G. B., daß der Uebernehmer durch den Verwahrungsvertrag an und für sich noch kein Gebrauchsrecht erhalte; daraus scheint aber nicht zu folgen, daß in dem Falle, als der Uebergeber dem Uebernehmer den Gebrauch der Sache ausdrücklich gestattet, die Natur des Verwahrungsvertrages aufgehoben werde, und der Vertrag sohin vollkommen, mit allen seinen rechtlichen Wirkungen in einen Leihvertrag übergehe. Es verhält sich meiner Ueberzeugung nach hier ganz auf dieselbe Art, wie mit dem Lohne. Der Verwahrer als solcher hat auf einen Lohn keinen Anspruch, wird aber ein solcher ausdrücklich oder nach dem Stande des Aufbewahrers stillschweigend bedungen, so hat es dabei zu verbleiben, ohne daß der Verwahrungsvertrag dadurch in einen andern Vertrag überginge. In vielen Fällen kann ja sogar die Gestattung des Gebrauchs der anvertrauten Sache als ein Entgelt für die Obsorge, sohin als ein Lohn angesehen werden.

Das preußische Landrecht enthält im I. Thl. 14 Titel. §§. 82 u. 83 ganz die gleiche Vorschrift, wie das österr. G. B. Ganz in Uebereinstimmung mit meiner entwickelten Ansicht, verfügt aber das französische Gesetzbuch §. 1930. „Er (der Depositar) darf sich der bei ihm niederge„legten Sache ohne ausdrücklich oder zu vermuthender Einwilligung des „Deponenten nicht zu seinem Gebrauche bedienen" ohne deßhalb zu verordnen, daß im Falle einer solchen Zustimmung der Verwahrungsvertrag in einen Leihvertrag übergehe. Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Verwahrungs- und Leihvertrage besteht offenbar darin, daß bei dem erstern eigentlich und unmittelbar der Vortheil des Uebergebers, bei letzterem aber der des Uebernehmers bezielet wird. Aus dieser Grundansicht leitet sich die Bestimmung des §. 962 her, daß nämlich der Verwahrer dem Hinterleger auf Verlangen die Sache auch noch vor Verlauf der Zeit zurückstellen müsse, aber sie ohne wichtige Ursache nicht früher zurückgeben dürfe, während gerade umgekehrt bei dem Leihvertrag im §. 976 angeordnet ist, daß, wenn gleich die verliehene Sache dem Verleiher vor Verlauf der Zeit und dem gemachten Gebrauch unentbehrlich wird, er doch ohne ausdrückliche Verabredung kein Recht habe, die Sache früher zurückzunehmen. Aus der bloßen Gestattung des Gebrauchs aber kann man noch nicht mit Sicherheit schließen, daß sich die ursprüngliche Absicht der Kontrahen-

ten ganz geändert habe, und dabei anstatt des Vortheils des Uebergebers lediglich der des Uebernehmers vor Augen gehalten worden sei.

Auffallender wird die Sache, wenn wir uns den Fall denken, daß nebst der Gestattung des Gebrauches auch noch ein Lohn für den Uebernehmer bedungen worden sei, was z. B. leicht dann eintreten kann, wenn einem Bereiter Pferde zur Aufbewahrung übergeben werden. Wäre es nun nicht naturwidrig anzunehmen, daß der Verleiher dem Anleiher nebst dem ihm verstatteten Gebrauch auch noch einen Lohn bezahle? Setzt dieser Lohn nicht offenbar voraus, daß hier die Verwahrung der Sache und nicht der Gebrauch derselben von Seite des Empfängers das Prinzipale bei diesem Vertrage ist? Das Gesagte gilt jedoch nur von unverbrauchbaren Sachen, anders verhält es sich mit den verbrauchbaren. Denn eine verbrauchbare Sache ist diejenige, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht abwirft, und in dem Befugnisse eine verbrauchbare Sache zu benützen, liegt sohin in der Regel das Recht selbe zu zerstören oder zu verzehren. Dieses läuft aber der Natur des Verwahrungsvertrages, in welchem der Verwahrer die Pflicht auf sich nimmt, die ihm anvertraute Sache durch die bestimmte Zeit sorgfältig zu bewahren und nach Verlauf derselben dem Hinterleger in eben dem Zustande, in welchem er sie übernommen hat, mit allem Zuwachse zurückzustellen, (§. 962) platterdings entgegen. Sie wird ihn vielmehr in einem solchen Falle mit der Bedingung übergeben, daß er zwar willkürlich darüber verfügen kann, aber nach der bestimmten Zeit ebenso viel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll, und darin besteht die Wesenheit des Darleihens-Vertrages (§. 983). Daß also der Verwahrungsvertrag dadurch, daß dem Verwahrer bei verbrauchbaren Sachen der Gebrauch gestattet wird, in einen Darleihensvertrag übergehe, ist in der Natur der Sache gegründet.

Es wäre sohin die Anordnung des §. 959 nur auf verbrauchbare Sachen zu beschränken, und sohin derselbe dahin zu textiren:

„Wird dem Verwahrer auf sein Verlangen oder durch freiwilliges Anbieten des Hinterlegers die Benützung der in Verwahrung gegebenen verbrauchbaren Sache gestattet, so hört im ersten Falle der Vertrag gleich nach der Verwilligung, im zweiten aber von dem Augenblicke, als das Anerbieten angenommen, oder von der hinterlegten Sache wirklich Gebrauch gemacht worden ist, auf ein Verwahrungsvertrag zu sein, und wird nach den Bestimmungen des §. 983 in einen Darlei-

hensvertrag umgeändert, wo dann auch die damit verbundenen Rechte und Pflichten eintreten."

XII.

Wünschenswerth scheint es zu sein, daß der Gesetzgeber bei Gelegenheit der im §. 961 ausgesprochenen Anordnung auch beifüge, was Rechtens sei, wenn der Verwahrer die ihm anvertraute Sache zu seinem Vortheile benützt. Setze man z. B. den Fall, daß Jemand einem Andern eine Summe Geldes in Aufbewahrung übergebe, dieser aber dasselbe auf Zinsen fruchtbringend anlege, oder andere Spekulationen mit demselben vornehme. Hofrath v. Zeiller bemerkt, daß in diesem Falle der Verwahrer die ordentlichen Zinsen nach §. 994 entrichten müsse. — Ein inneres Rechtsgefühl scheint mir hier laut für den Satz zu sprechen, daß Niemand aus einer widerrechtlichen Handlung Vortheil ziehen solle; allein aus den Bestimmungen des Gesetzbuches, wie sie hier vorliegen, scheint dieser Satz nicht gerechtfertigt werden zu können. Denn eine persönliche Verpflichtung muß sich entweder unmittelbar auf ein Gesetz, oder auf einen Vertrag oder eine erlittene Beschädigung gründen. (§. 859). Nun ist kein Gesetz vorhanden, welches den Verwahrer in einem solchen Falle zur Bezahlung der Zinsen an den Hinterleger verpflichtete. Hofrath v. Zeiller scheint zwar dieses aus dem gegenwärtigen §. zu folgern; allein da dieser nur von Zurückstellung der Sache in dem Zustande, in dem sie der Verwahrer übernommen hat, sammt dem Zuwachse spricht, der Verwahrer die Sache aber nur als ein todtes Kapital erhalten, und daher auch nur in diesem Zustande zurückzustellen hat, von einem todten Capitale aber keine Zinsen bezogen werden, so scheint dieses nicht richtig.

Noch weniger ist aber die Berufung auf den §. 994 geeignet, obige Behauptung zu rechtfertigen, denn dieser spricht ausdrücklich nur von dem Falle, wenn Zinsen bedungen worden sind; er findet daher auch hier keine Anwendung. Der Verwahrer hat zwar dadurch, daß er das Kapital eigenmächtig für sich verwendete, seine Vertragspflicht übertreten (§. 958); allein die civilrechtliche Folge einer übertretenen Vertragspflicht ist im Allgemeinen lediglich nach §. 1295 die, daß der Uebertreter den daraus entstandenen Schaden zu vergüten habe. — Nun ist aber im Falle der Voraussetzung für den Hinterleger dadurch kein Schaden entstanden, indem er auch ohne Vergütung von Zinsen genau dasjenige erhält, was er bei einer gewissenhaften Verwahrung erhalten haben würde. — Nur dann, wenn durch diesen eigenmächtigen Gebrauch des anvertrauten Kapitals der Verwahrer außer Stand gesetzt wäre, dem Hinterleger das Kapital

zur bestimmten Zeit zurückzuzahlen, wird, und zwar erst von diesem Zeitpunkte an, für den Hinterleger der Schade entstehen, den er aber gleichfalls nicht durch die im §. 994 erwähnten, sondern durch die im §. 995 bestimmten (Verzögerungs) Zinsen zu vergüten hätte. (§. 1333.)

Das preußische Landrecht ordnet (1. Thl. 14 Titel §. 85) auch an: „Wer die niedergelegte Sache ohne des andern Willen nützt, muß allen davon gezogenen Vortheil herausgeben, und selbst für den Zufall haften, durch welchen die Sache bei Gelegenheit des Gebrauchs beschädigt würde." Die letzte Bestimmung folgert sich auch aus dem §. 965 des a. b. G. B. Aber die erste Bestimmung halte ich für wünschenswerth, daß sie ausdrücklich beigefügt würde. Dabei scheint es aber in der Natur der Sache zu liegen, daß der Depositar bei Vergütung des bezogenen Nutzens dasjenige in Abzug bringe, was er dem Deponenten wegen Verschlechterung der Sache ersetzen müßte.

Ich würde also auf folgenden Zusatz zu dem §. 961 antragen:

„Hat der Verwahrer während der Verwahrungszeit von der hinterlegten Sache eigenmächtig Gebrauch gemacht, so hat er dem Hinterleger auch allen daraus bezogenen Nutzen herauszugeben; — jedoch ist er berechtigt, hievon dasjenige in Abrechnung zu bringen, was er dem Hinterleger aus dem Grunde zu ersetzen schuldig ist, weil die in Verwahrung gegebene Sache aus Grund dieser eigenmächtigen Verwendung, Nachtheil erlitten hat.

XIII.

Der §. 965 b. G. B. führt im Eingange drei Fälle auf, in welchen der Verwahrer seiner übernommenen Vertragspflicht entgegen gehandelt hat, und schließt mit der Anordnung, daß der Verwahrer, wenn die Sache einen Schaden leidet, welchem sie bei dem Hinterleger nicht ausgesetzt gewesen wäre, keinen Zufall vorschützen könne, sondern die Beschädigung ihm zugerechnet werde. So wie die Worte dieses §. unter sich in Verbindung gesetzt sind, muß sprachrichtig diese erwähnte Anordnung auf alle hier aufgeführten drei Fälle bezogen werden, denn würde man die hier herausgehobenen Worte des §. nur auf den letzten Satz beziehen, und sie daher in Beziehung auf die zwei ersten Fälle hinweg denken, so würde offenbar eine Lücke in der Textirung dieses §. entstehen, denn er würde dann dahin lauten: „Hat aber der Verwahrer von der hinterlegten Sache Gebrauch gemacht; hat

er sie ohne Noth und ohne Erlaubniß des Hinterlegers einem Dritten in Verwahrung übergeben, so kann er keinen Zufall vorschützen, und die Beschädigung wird ihm zugerechnet. Daraus wird klar ersichtlich, daß um diesen Satz sprachrichtig zu ergänzen, von dem obigen Schlußsatze wenigstens die Worte: „und die Sache leidet einen Schaden" hinzugesetzt werden müssen; nun können aber grammatikalisch die beiden Sätze: „wenn die Sache einen Schaden leidet, welchem sie bei dem Hinterleger nicht ausgesetzt gewesen wäre", von einander nicht getrennt werden, und wenn man sich daher hier strenge an die grammatikalische Auslegung hält, so muß man beide Sätze auch auf die in dem §. 965 aufgeführten zwei ersten Fälle beziehen.

Allein forscht man nach der Absicht des Gesetzgebers, die dieser Anordnung offenbar zu Grunde liegt, und vergleicht man hiermit die Grundsätze, die das Gesetz im Allgemeinen bei der Lehre vom Schadenersatz und Genugthuung aufstellt, so muß man zu dem Resultate gelangen, daß die oben angezeigten Worte des §. sich nur auf den in dem berührten letzten Fall beziehen, und auf die beiden ersten nicht ausgedehnt werden können; denn der gegenwärtige §. 965 will offenbar nur dasjenige, was der §. 1311 im Allgemeinen anordnet, auf einzelne Fälle, die sich bei dem Verwahrungsvertrage ergeben können, angewendet wissen. Dieser §. 1311 stellt aber die Regel auf, daß der bloße Zufall denjenigen treffe, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat, und fügt nur die Ausnahme bei, daß, wenn Jemand durch sein Verschulden den Zufall veranlaßt, oder ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten oder sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt hat, derselbe für allen Nachtheil hafte, der außerdem nicht erfolgt wäre. Hieraus läßt sich ganz folgerecht ableiten, daß, wenn der Verwahrer mit der Uebergabe gezögert hat, und die Sache dann bei ihm einen Schaden leidet, den sie bei dem Hinterleger nicht erlitten haben würde, derselbe hiefür verantwortlich sein müsse, weil dieser Nachtheil nicht erfolgt wäre, wenn der Verwahrer seiner Verpflichtung in Rückstellung der Sache nachgekommen wäre, der Verwahrer im vorliegenden Falle sohin durch sein Verschulden die Folge herbeigeführt hat, daß die Sache zufälliger Weise Schaden gelitten hat. Setzen wir aber den Fall, daß z. B. Derjenige, dem Pferde und Wagen zur Verwahrung anvertraut wurden, mit selben ohne Gestattung des Hinterlegers eine Reise unternehme, mit selben wohl erhalten zurückkomme und beide an ihren gewöhnlichen Verwahrungsort wieder zurückbringe, und nun bei der Nacht der Blitz an diesem Orte einschlage, und Pferde und Wagen dadurch zu Grunde gehen. —

Wie könnte nun wohl der Verwahrer, obschon er von der ihm an-

vertrauten Sache widerrechtlich Gebrauch gemacht hat, zu einem Ersatze aus dem Grunde verhalten werden, weil die Sache bei dem Hinterleger selbst keinen Schaden gelitten hätte? oder setzen wir, daß der Verwahrer die ihm anvertraute Uhr ohne Noth und Erlaubniß seinem Nachbar übergeben hätte, und während dieser Zeit der Ort von Feinden überfallen und beide Wohnungen, nämlich die des Verwahrers und die des spätern Uebernehmers der Sache geplündert worden wären, wie könnte der Verwahrer wohl deßwegen, weil die Uhr bei dem Hinterleger sicher gewesen wäre, für den Verlust derselben verantwortlich werden, welcher auch dann eingetreten sein würde, wenn er sie pflichtmäßig in eigener Verwahrung behalten hätte. Ganz ein Anderes wäre es, wenn an dem fremden Orte, wohin der Verwahrer mit den anvertrauten Pferden und Wagen die Reise unternommen hat, der Blitz eingeschlagen, und beide dadurch zu Grunde gegangen wären, oder wenn im letzteren Falle die Wohnung des Depositars von der Plünderung frei geblieben wäre; denn in beiden Fällen wäre der zufällige Schade nicht erfolgt, wenn der Verwahrer seiner Vertragspflicht nicht entgegen gehandelt hätte, er hat daher durch sein Verschulden den zufälligen Schaden veranlaßt und ist sohin dafür verantwortlich. Daß die Absicht des Gesetzgebers bei Festsetzung des §. 965 eigentlich nur dahin gehe, den Verwahrer für jenen zufälligen Schaden verantwortlich zu machen, welchen er durch eine gegen seine Pflicht als Verwahrer unternommene Handlung oder Unterlassung veranlaßt hat, der sohin sich an der Sache nicht ereignet haben würde, wenn er seinen Pflichten als Verwahrer nachgekommen wäre, zeiget deutlich der §. 979 bürgl. G. B., der anordnet: „Wird die geliehene Sache beschädigt oder zu Grunde gerichtet, so muß der Entlehner nicht nur den zunächst durch sein Verschulden verursachten, sondern auch den zufälligen Schaden, den er durch eine widerrechtliche Handlung veranlaßt hat, so wie der Verwahrer einer Sache ersetzen." (§. 965.)

Aus diesen Gründen trage ich auf folgende Abänderungen des §. 965 an:

„Hat aber der Verwahrer von der hinterlegten Sache eigenmächtig Gebrauch gemacht, hat er sie ohne Noth oder Erlaubniß des Hinterlegers einem Dritten in Verwahrung gegeben, oder die Zurückstellung verzögert, und die Sache leidet einen Schaden, welchem sie außerdem nicht ausgesetzt gewesen wäre, so kann er keinen Zufall vorschützen, und die Beschädigung wird ihm zugerechnet."

XIV.

Bei X. wurde in Antrag gebracht, im §. 951 bei der Erklärung des Verwahrungsvertrages das Beiwort „fremd" hinwegzulassen. Sollte übrigens dieses geschehen, so hätte der §. 967 wie folgt zu lauten:

„Der Hinterleger ist verpflichtet, dem Verwahrer den schuldbarer Weise zugefügten Schaden, und insoferne dieser nicht selbst Eigenthümer derselben ist, auch die zur Erhaltung der verwahrten Sache, oder zu Vermehrung der fortdauernden Nutzungen verwendeten Kosten zu versetzen. Hat der Verwahrer im Nothfalle um das hinterlegte fremde Gut zu retten, seine eigene Sachen aufgeopfert, so kann er einen angemessenen Ersatz fordern. Ist die hinterlegte Sache sein Eigenthum, so kann dieser in obigen Fällen nur eine, dem hiedurch dem Hinterleger verschafften Nutzen, entsprechende Vergütung fordern. Die wechselseitigen Forderungen u. s. w. wie im §. 967.

Denn, wenn es die eigene Sache des Depositars ist, die ihm zur Verwahrung übergeben wurde, so kann er wohl für keinen Fall berechtigt sein, die zur Erhaltung derselben verwendeten Kosten von dem Hinterleger in Anspruch zu nehmen, indem er selbst für den Fall, als sie der Pfandberechtigte oder Fruchtnießer der Sache, der sie ihm zur Verwahrung anvertraut in Händen hatte, und einen zur Erhaltung derselben gemachten Aufwand gemacht hätte, diese Erhaltungskosten dem Pfandinhaber oder Fruchtnießer selbst zu ersetzen hätte. Aus dieser Bemerkung erklärt sich die angetragene, abändernde Stilisirung des §. 967.

XV.

In eine Definition dürfen nur die wesentlichen und unwandelbaren Merkmale, nicht auch die bloß natürlichen, viel weniger die ganz zufälligen aufgenommen werden. Die Wesenheit des Leihvertrages beruht aber nach meiner Ansicht im Gegensatze von einem Darleihensvertrage darin, daß bei ersterem entweder ausdrücklich oder stillschweigend nur der Gebrauch der Sache mit Schonung der Substanz dem Anleiher eingeräumt wird, woraus nothwendig folgt, daß dieser nach Verlauf der Zeit eben dieselbe Sache zurückzustellen verpflichtet ist, während bei dem Darleihensvertrage der Anleiher das Recht erhält, mit der dargeliehenen Sache willkürlich

zu verfügen, folglich nicht bloß den Gebrauch, sondern das wirkliche Eigenthum der dargeliehenen Sache erhält und die Verpflichtung auf sich nimmt, seiner Zeit eben so viel von derselben Gattung und Güte zurückzugeben. (§. 983 b. G. B.)

Nun läßt sich allerdings der Fall denken, daß auch verbrauchbare Sachen, d. i. solche, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren §. 301, einem Andern zum bloßen Gebrauche mit der Verbindlichkeit übergeben werden, eben dieselben Sachen wieder zurückzustellen, weil in dem Begriffe liegt, daß von dergleichen Sachen auch ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung in außergewöhnlichen Fällen Gebrauch gemacht werden könne.

Man denke sich z. B. den Fall, daß ein Schauspieler zum Behufe der Ausführung seiner Rolle einen Beutel mit Dukaten sich ausborgt, und sich verbindlich macht, denselben nach gemachtem Gebrauche zurückzustellen. Obwohl nun Geld und sohin auch Dukaten zu den verbrauchbaren Sachen gehören, die ohne Veräußerung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren, so kann dieser Vertrag dennoch nicht als ein Darlehensvertrag angesehen werden, weil der Verleiher dem Schauspieler keineswegs das Befugniß einräumt, mit den Dukaten willkührlich zu verfügen, sondern dieselben dem Schauspieler bloß zu einem bestimmten Gebrauche überläßt.

Aus diesem Grunde wird daher angetragen, den Ausdruck „unverbrauchbar" in der Definition des Leihvertrages wegzulassen, dabei aber zur Vermeidung eines Mißverständnisses ausdrücklich zu bemerken, daß bei dem Leihvertrage dem Anleiher bloß der Gebrauch der Sache mit Schonung der Substanz überlassen werde.

Es dürfte daher der §. 971 auf folgende Art zu stilisiren sein:

„Wenn Jemanden eine Sache bloß zum unentgeltlichen Gebrauche mit Schonung der Substanz auf eine bestimmte Zeit übergeben wird, so entsteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man Jemanden eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie u übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag."

Dagegen wäre dem §. 983 am Schlusse noch beizufügen.

„Werden Jemanden verbrauchbare Sachen ohne nähere Bestimmung zum Gebrauche übergeben, so wird die im Eingange gegenwärtigen §. berührte Bedingung vermuthet. Das Gegentheil müßte erwiesen werden."

XVI.

In dem §. 980 b. G. B. wird bestimmt, daß dadurch, daß der Entlehner für ein verlornes Lehnstück den Werth erlegt, er noch kein Recht habe, dasselbe, wenn es wieder gefunden wird, gegen den Willen des Eigenthümers für sich zu behalten, wenn dieser bereit ist, den empfangenen Werth zurückzugeben. Hier entsteht nun die Frage, ob dem Entlehner auch ein ähnliches Recht zustehe, ob er nämlich, wenn er für ein verlorenes Lehnstück den Werth erlegt hat, und in der Folge dasselbe wieder gefunden wird, gegen Zurückstellung des Lehnstückes in natura den gegebenen Werth zurückfordern könne? Es scheint nun wünschenswerth, daß sich der Gesetzgeber bei dieser Gelegenheit zur Hintanhaltung jedes Streites ausdrücklich hierüber ausspreche. Mir scheint die obige Frage nach dem Geiste des Gesetzes verneinend beantwortet werden zu müssen. Denn der Entlehner ist die Sache nach Verlauf der bestimmten Zeit dem Verleiher zurückzustellen schuldig und ist er durch sein Verschulden außer Stand gesetzt, diese ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, so muß er nach den Grundsätzen des Schadenersatzes den Schätzungswerth vergüten. (§. 1323.) Der Verleiher kann nicht gezwungen werden, sich mit dem Schätzungswerthe zu begnügen, sondern er wäre offenbar berechtigt, die Annahme des Schätzungswerthes zu verweigern und zuzuwarten, ob sich die verlorne Sache nicht wieder vorfinde, der Entlehner kann sich der Bezahlung des Schätzungswerthes nach Verlauf der bedungenen Zeit der Zurückstellung dadurch nicht befreien, daß er sich Mühe zu geben verspricht, die verlorene Sache wieder aufzusuchen, um selbe in natura zurückstellen zu können. Der Verleiher ist daher auch berechtigt den Schätzungspreis unter dem Vorbehalte einzuforderu und anzunehmen, daß, wenn das Lehnstück wieder vorgefunden werden sollte, ihm dasselbe gegen Rückvergütung des Schätzungswerthes in natura wieder übergeben werde; der Entlehner aber scheint nicht berechtigt sich bei Uebergabe des Schätzungswerthes ein ähnliches zu bedingen, denn es ist ja nur in seinem Verschulden gelegen, daß er anstatt das Lehnstück in natura zurückzugeben, den Schätzungspreis entrichten muß. Bei dem ersteren wird nun dieser Vorbehalt stillschweigend angenommen, bei dem Letzteren kann ein solcher stillschweigender Vorbehalt nicht vorausgesetzt werden, weil es ihm nicht einmal freisteht, diesen Vorbehalt ausdrücklich zu machen.

Es wäre daher am Schlusse des §. 956 zu setzen:

„Dagegen steht dem Entlehner keineswegs das Be-

fugniß zu, für den Fall, als das verlorne Lehnstück wieder gefunden wird, von dem Verleiher gegen Zurückstellung desselben die Rückzahlung des von ihm bezahlten Werthes zu fordern."

XVII.

Der §. 981 b. G. B. ordnet an, daß der Entlehner die außerordentlichen, auf die entlehnte Sache verwandten Erhaltungskosten von dem Verleiher gleich einem redlichen Besitzer zu vergüten seien.

Nun verpflichtet aber der §. 331 b. G. B. den Eigenthümer der Sache nur in so weit zum Ersatze des von dem redlichen Besitzer zur Erhaltung derselben gemachten nothwendigen Aufwandes, als bei der Zurückstellung der Sache noch wirklich ein aus diesem Aufwande herrührender Werth vorhanden ist, oder mit andern Worten: als dessen Wirkungen noch fortdauern.

Wenn man daher die Vorschrift des §. 331 auch auf das Verhältniß des Verleihers und Entlehners einer Sache anwendet, so folgt daraus, daß wenn ungeachtet des zur Herstellung des entlehnten zufällig erkrankten Pferdes gemachten zweckmäßigen Aufwandes, dasselbe doch zu Grunde ginge, der Verleiher zu einer Ersatzleistung nicht verhalten werden könnte.

Wäre nun dieses wirklich die Absicht des höchsten Gesetzgebers bei Erlassung dieser Anordnung gewesen, so wäre diese Vorschrift des b. G. B. ganz originell, und sowohl von der des römischen als französischen und preußischen Gesetzbuches, ja selbst, von angenommenen naturrechtlichen Prinzipien abweichend, denn nach römischem Rechte kann der Commodatar die Unkosten ansprechen, welche er auf die geliehene Sache hat verwenden müssen; nur sind hievon die gewöhnlichen mit dem Gebrauche der Sache verbundenen Kosten, die außerordentlichen aber nur dann ausgenommen, wenn sie nicht übermäßig sind; denn die mäßigen Kosten werden mit dem gestatteten Gebrauche kompensirt angesehen. Der französische Codex sagt Artikel 1886:

„Hat der Entlehner, um sich der Sache bedienen zu können, einigen „Aufwand gemacht, so kann er denselben nicht zurückfordern," woraus folgt, daß die übrigen außerordentlichen Kosten von dem Verleiher zu bestreiten kommen. Das preußische Landrecht, das selbst in der Textirung mit dem österreichischen Gesetzbuche die größte Aehnlichkeit hat, sagt:

„Der Leiher ist die gewöhnlichen Erhaltungskosten der Sache während seines Gebrauches zu tragen verbunden. Ereignen sich während seiner „Besitzzeit Umstände, die einen außerordentlichen Aufwand zur Erhaltung

„der Sache erfordern, so ist zwar der Leiher dem Verleiher Anzeige da-
„von zu machen, und ihm mit der Rückgabe der Sache, die Besorgung des-
„sen zu überlassen befugt. Kann oder will er aber dieses nicht, oder
„ist der Verleiher nicht so in der Nähe, daß er die Sorge für die Er-
„haltung der Sache noch zu rechter Zeit übernehmen könnte, so ist der
„Leiher dazu verbunden. Doch kann er die darauf verwendeten Kosten
„von dem Verleiher nach den gesetzlichen Vorschriften von Besorgung frem-
„der Angelegenheiten ohne ausdrücklichen Auftrag zurückzufordern." —

Ebenso wird von den österreichischen Lehrern des natürlichen Privat-
rechtes *) behauptet, daß der Entlehner zwar die ordentlichen Kosten der geliehenen Sache, d. i. ohne welche der ihm zustehende Gebrauch nicht gemacht werden könnte, tragen müsse, nicht aber die außerordentlichen, zur bloßen Erhaltung der dem Verleiher verliehenen Proprietät. Schon diese Abweichung von den Behauptungen der österreichischen Naturrechtslehrer und von den Vorschriften der vorzüglichsten fremden positiven Gesetzgebungen dürfte den Zweifel erregen, ob wohl der höchste Gesetzgeber durch den Ausdruck, daß die außerordentlichen Erhaltungskosten dem Entlehner gleich einem redlichen Besitzer vergütet werden, alles Dasjenige auf den Entlehner angewendet wissen wollte, was der §. 331 in Betreff des Kosten-Ersatzes an den redlichen Besitzer angeordnet hat. — Dieser Zweifel wird noch vermehrt, wenn auf ähnliche in dem österreichischen Gesetzbuche selbst entschiedenen Fälle und auf die Gründe anderer damit verwandter Gesetze Rücksicht genommen wird; denn da in dem Falle, als der Verleiher in der Lage ist, Dasjenige, was zur Erhaltung der Sache nothwendig ist, selbst zu besorgen, der Entlehner lediglich zur Anzeige an denselben verpflichtet ist, so erscheint dieser, wenn er dessen ungeachtet das dem Verleiher zuständige Geschäft zur Abwendung des bevorstehenden Schadens besorgt, als ein Geschäftsführer ohne Auftrag; diesem ist aber Derjenige, dessen Geschäft er besorgt hat, den nothwendig und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig, wenn gleich die Bemühung fruchtlos geblieben ist. (§. 1036). Auch sind es gewiß besondere Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, dem redlichen Besitzer den Ersatz seines auf die Sache gemachten Aufwandes nur unter gewissen Beschränkungen zuzuerkennen, die auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sind. Der redliche Besitzer unternimmt den Aufwand nur in der Absicht, sein eigenes, nicht fremdes Bestes zu befördern; er ist auch nicht dafür verantwortlich, wenn dasjenige, was er unternimmt, ganz zweckwidrig ist, oder wenn er die Sache ganz zu Grunde gehen läßt. Der Entlehner da-

*) 1. Thl. 21. Tit. §. 241. 244, v. Zeiller und v. Egger Lehrbuch des natürl. Privatrechtes §. 123.

gegen unternimmt den Aufwand lediglich in der Absicht, das Beste des Verleihers zu bewirken, und er ist auch dafür verantwortlich, wenn seine Bemühungen nicht zweckmäßig sein sollten. Diese Betrachtungen sprechen für die Behauptung, daß nach der Absicht des Gesetzgebers dem Entlehner der zur Erhaltung der Sache gemachte nothwendige Aufwand selbst in dem Falle von dem Verleiher ersetzt werden müsse, wenn derselbe jedoch ohne Verschulden des Entlehners ohne Erfolg geblieben wäre.

Mit dieser Absicht scheinen aber die Worte des Gesetzes nicht in Harmonie zu stehen. Es läßt sich auch erklären wie es gekommen sein mag, daß die Verfasser des österr. Gesetzbuches sich in dem vorerwähnten §. des Beisatzes „gleich einem redlichen Besitzer" bedient haben, ohne gerade auch die Folgerung, die sich aus dem §. 331 hieraus ergibt, in Erwägung gezogen, folglich dieselbe bei dieser Anordnung beabsichtigt zu haben. Die Verfasser des gegenwärtigen a. b. G. B. wollten nämlich durch den §. 981 im Allgemeinen das Nämliche als Norm aussprechen, was dießfalls schon der Entwurf, nämlich das westgalizische Gesetzbuch (3 Th. §. 87.) in Bezug auf den Ersatz angeordnet hat; sie behielten daher ohne Zweifel auch aus diesem Grunde den Ausdruck, wie einem (jeden) redlichen Besitzer bei.

Aus dem westgalizischen Gesetzbuche ist aber in Ansehung des Kostenersatzes an den redlichen Besitzer keine Vorschrift, wie der §. 331 des gegenwärtigen Gesetzbuches enthält, zu finden, sondern dasselbe drückt sich im 2. Theil §. 53 ganz allgemein dahin aus:

„Hat der redliche Besitzer an die habhaft gewordene Sache, entwe„der zur Erhaltung der Substanz oder zur Vermehrung noch fortdauern„der Nutzungen einen Aufwand gemacht, so gebührt ihm der Ersatz."

Es dürfte daher die folgende Stilisirung des §. 981 der Absicht des Gesetzgebers entsprechen:

„Die mit dem Gebrauche ordentlicher Weise verbundenen Kosten muß der Entlehner selbst bestreiten. Die außerordentlichen Erhaltungskosten hat er zwar, dafern er die Sache dem Verleiher nicht zur eigenen Besorgung überlassen kann oder will, inzwischen vorzuschießen, doch werden sie ihm gleich einem Geschäftsführer ohne Auftrag (§. 1036) vergütet.

XVIII.

Bei dem §. 991 dürfte es erwünschlich sein, daß sich in eine nähere Bestimmung des Ersatzes eingelassen werde, den der Schuldner in dem Falle zu leisten hat, wenn der ihm anstatt baren Geldes eingehändigte

Schuldschein oder die ihm dafür übergebenen Waaren nicht mehr in Natur zurückgestellt werden können. Besonders scheint eine solche nähere Bestimmung in Beziehung auf Schuldscheine erwünschlich zu sein.

Derjenige, der Jemanden Waaren oder Schuldscheine statt baren Geldes als Darlehen übergibt, muß wohl einsehen, daß der Anleiher davon keinen andern Gebrauch machen könne, als selbe gegen bares Geld umzusetzen, und daß er, weil er das bare Geld benöthigt, sich zu einem Opfer entschließen werde.

Wäre nun der Anleiher dessenungeachtet verpflichtet, den vollen Werth der Waare in Geld zu ersetzen, oder dem Darleiher den ganzen an ihn übertragenen Forderungsbetrag zu vergüten, so wäre ihm durch die Anordnung des §. **991**, die doch offenbar das Beste des Anleihers bezielet und Nachtheil von ihm abzuwenden trachtet, wenig geholfen. Der Anleiher hätte in diesem Falle vorausgesetzt, daß sich der Darleiher nicht einer doppelten Bedrückung schuldig gemacht, und dem Anleiher die Waaren nicht in einem höhern als dem gangbaren Werthe, und die Schuldscheine in einem höhern, als dem Nominalbetrage angerechnet hätte, dem Darleiher gerade dasjenige zu ersetzen, zu was er sich in dem von dem Gesetze hier als ungültig erklärten Kontrakte gegen den Darleiher verbindlich gemacht hat. Das Wucherpatent erklärt ganz allgemein als einen Wucher in Kapital, wenn dem Anleiher statt baren Geldes, ganz oder zum Theile, Privatforderungen, Waaren oder andere Habschaften gegeben werden, ohne Unterschied, ob die dem Schuldner statt baren Geldes übergebenen Sachen in einem den wahren Werth übersteigenden Betrage in Anrechnung gebracht werden oder nicht; es erkennt also in der Handlung, wodurch Jemanden andere Sachen statt baren Geldes als Darleihen übergeben werden, an und für sich eine Bedrückung des Schuldners, und als einen Abbruch am Kapitale. Dieses Gesetz kann sich daher offenbar nur auf die oben entwickelte Ansicht stützen, daß nämlich der Anleiher, der bares Geld benöthigt, dadurch genöthigt ist, diese Sachen unter ihrem Werth zu veräußern, und sohin in jedem Falle dadurch zu Schaden kömmt. Diese Bemerkung gilt besonders, wenn der Darleiher dem Anleiher unsichere Privatforderungen anstatt baren Geldes oder wenigstens solche übergeben hätte, deren Eintreibung mit besondern Kosten, Aufwand und andern Schwierigkeiten verbunden wäre. Hierin entsteht um so mehr der Zweifel, worin denn der von dem Gläubiger zu erweisende Schadensbetrag bestehe, da nach dem Hofdekret vom **27.** Oktober **1797** bei Privatforderungen keine Schätzung Platz greift. — Auf der andern Seite scheint es aber auch dem Darleiher nicht aufgebürdet werden zu können, daß er den ganzen Verlust trage, welchen ein leichtsinniger Schuldner ihm dadurch

zufügt, daß er, um nur schnell zu barem Gelde zu gelangen, den Schuldschein gegen Bezahlung eines unverhältnißmäßig geringen Preises hintangibt.

Damit nun einerseits der Schuldner, dem eine zweifelhafte oder wenigstens mit Kosten der Eintreibung verbundene Schuldforderung, oder Waaren, die nicht sogleich um den vollen Werth an Mann gebracht werden können, anstatt baren Geldes übergeben wurden, dadurch nicht gedrückt werde, daß dem Gläubiger der ganze Betrag der Forderung oder des Werthes der Waaren zu ersetzten auferlegt wird, und anderseits auch der Gläubiger durch einen zu leichtsinnigen Schuldner, der die Forderung oder die Waaren, um nur sogleich bares Geld zu bekommen, um jeden, auch noch so unverhältnißmäßigen Preis absetzt, nicht zu sehr in Schaden komme, glaube ich, daß hier nichts Anderes erübrige, als den Richter anzuweisen den Vergütungsbetrag nach Umständen und zwar mit Berücksichtigung des Betrages der überlassenen Forderung und des Werthes der Waare auf einer Seite, dann aber auch des Umstandes, daß der Schuldner genöthiget war, die Forderung oder die Waare sogleich gegen bares Geld umzusetzen auf der andern Seite nach Billigkeit über Einvernehmen von Sachverständigen zu bestimmen.

Es dürfte daher der §. 991 dahin lauten:

„Wenn statt Geldes ein Privatschuldschein oder Waaren gegeben worden sind, so ist der Schuldner nur verbunden, entweder den Schuldschein oder die empfangene Waare unbeschädigt zurückzustellen, oder wenn dieses nicht mehr geschehen könnte, dem Gläubiger einen von dem Richter über Einvernehmen der Sachverständigen nach Billigkeit festzusetzenden Vergütungsbetrag zu bezahlen."

XIX

So viel dem Verfasser bekannt ist, ist zwar über den Sinn des §. 998 noch kein Zwefel erregt worden, und es wird dieser §. beinahe allgemein dahin ausgelegt, daß, sobald ein zweijähriger Betrag von Zinsen fällig ist, derselbe als ein neues (verzinsliches) Kapital verschrieben werden könne, wenn die letzte Rate dieses zweijährigen Zinsenbetrages auch erst gestern fällig geworden wäre. Die Bestimmung dieses §. 998 ist indessen offenbar aus dem preußischen Landrechte, das in § 819 Tit. 2. Thl. folgende Anordnung enthält: „Doch können über zweijährige oder noch ältere Zinsenrückstände neue Schuldscheine gegeben, und Zinsen daran verschrieben werden" in das österreichische Gesetzbuch übertragen werden. Diese mit dem §. 998 b. G. B. beinahe gleichlautende Anordnung des preußi-

schen Landrechtes, wird aber von mehreren preußischen Rechtsgelehrten in einem andern Sinne genommen, sie legen nämlich diese gesetzliche Anordnung dahin aus, daß die Zinsen bereits seit zwei Jahren fällig sein müssen, bevor sie als ein neues verzinsliches Kapital verschrieben werden können. Es kann nun auch erwartet werden, daß auch mit der Zeit in Oesterreich eine ähnliche Ansicht über den Sinn des obigen §. entstehen werde, so wie mir wirklich einzelne auf diese Auslegung hindeutende Stimmen schon bekannt geworden sind, und daß daher die Praxis dießfalls nicht sich gleichbleiben werde. Ich halte daher auch hier eine den Willen des Gesetzgebers deutlicher bezeichnende Stilisirung, wenn nicht unumgänglich nothwendig, doch wenigstens räthlich, und da ich nicht zweifle, daß die gegenwärtig gangbare Auslegung des §. die richtige sei, so glaube ich eine Textirung in Vorschlag bringen zu müssen, welche die entgegengesetzte Meinung entfernen soll: der Stützpunkt für die gegenseitige Auslegung insofern nur auf den Wortlaut gesehen wird, liegt aber in dem gewählten Ausdrucke, zweijährige oder noch ältere Zinsenrückstände, denn man sagt: die Worte „zweijährige Rückstände" erscheinen, wenn man sie auf den Betrag der Zinsen bezöge, als ganz unpassend; denn einem zweijährigen Zinsenbetrage stünde wohl ein mehrjähriger Zinsenbetrag, nicht aber ein älterer Rückstand gegenüber, da hingegen könne man sehr wohl von zwei Jahre alten oder noch ältern Rückständen reden, daher müsse der Ausdruck „zweijährige Rückstände" ebenfalls auf die Zeit der Enstehung, nicht aber auf den Betrag der Zinsen bezogen werden. Wird daher in der Textirung des §. 998 anstatt des Ausdruckes „ältere Rückstände" der mehrjährige Zinsenrückstand substituirt, so ist jeder dießfalls entstehen könnender Zweifel behoben.

Ein weiterer Zweifel kann aus der Textirung des §. 998 in der Rücksicht erhoben werden, ob unter dem Ausdrucke „Verschreibung" die Ausfertigung eines Schuldscheines verstanden werde, so zwar, daß eine mündliche Uebereinkunft, gemäß welcher mehrjährige Zinsenrückstände, als ein neues Kapital behandelt, verzinset werden sollten, als ungültig anzusehen sei? oder ob es genüge, wenn ein solches mündliches Uebereinkommen erwiesen wird. Für die bejahende Beantwortung der ersten Frage streitet nicht nur allein der Ausdruck „verschreiben" sondern auch die Betrachtung, daß das preußische Landrecht, dessen Vorbilde der österreichische Gesetzgeber gefolgt ist, ausdrücklich von Ausfertigung eines Schuldscheines spricht. Dagegen kann aber bemerkt werden, daß das preußische Gesetzbuch (§. 729) einen Zinsenvertrag überhaupt nur dann als verbindlich anerkennt, wenn hierüber eine Urkunde errichtet wird. Da nun aber nach dem österreichischen Gesetzbuche zur Giltigkeit eines

Zinsenvertrages nicht nöthig ist, daß er schriftlich errichtet werde, so ist kein Grund vorhanden, warum der Vertrag, wodurch diese ältern Zinsenrückstände zu einem Kapitale erhoben, und wieder verzinslich gemacht werden sollen, schriftlich errichtet werden müßte.

Eben deßhalb, weil der gegenwärtige §. aus dem preußischen Landrechte genommen worden ist, ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber gewiß auch hier ausdrücklich von Ausfertigung eines Schuldscheines gesprochen haben würde, wenn dieses in seinem Willen gelegen gewesen wäre. Schon der Ausdruck „mittelst Uebereinkommens verschreiben" läßt schließen, daß das Wort „verschreiben" nicht buchstäblich genommen werden dürfe. Auch der §. 19 d. L. O. lit c. redet von einer verschriebenen Widerlage, und doch wird, so viel mir bekannt ist, allgemein angenommen, daß die Widerlage nicht gerade nur dann, wenn hierüber eine Urkunde ausgefertigt ist, dieses Vorzugsrecht genieße.

Zur Vermeidung dieses Zweifels trage ich daher auf folgende Textirung des §. 998 an:

„Zinsen von Zinsen dürfen nie genommen werden, doch können zwei oder noch mehrjährige Zinsenrückstände mittelst Übereinkommens als ein neues Kapital festgesetzt werden."

XX.

Der §. 1008 b. G. B. zeichnet einige sehr wichtige und bedenkliche Gattungen der Geschäfte aus, welche unter einer allgemeinen, obgleich unumschränkten Vollmacht nie stillschweigend begriffen sein sollen, sondern stets einer ausdrücklichen Erwähnung bedürfen. Diese Gattungen der Geschäfte werden wieder in solche eingetheilt, bei denen die bloße Beziehung der Gattung des Geschäftes hinreicht, und in solche, wo das einzelne (individuelle) Geschäft bestimmt angegeben werden muß.

Unter die ersteren rechnet der §. auch die Auftragung, Annahme und Zurückschiebung der Eide.

Diese hier aufgeführten drei Handlungen sollen nun in reifere Erwägung genommen werden.

Was nun die Auftragung des Eides anbelangt, so kommt es vor allem darauf an, welchen Begriff man sich von der Natur eines aufgetragenen Haupteides bildet. Sieht man denselben als einen Vergleich an, dann ist die Bestimmung, daß derjenige Machthaber eines Streittheiles, welcher dem Andern den Haupteid auftragt, von dem Machtgeber zur Auftragung eines solchen Eides überhaupt bevollmächtiget sein müsse, ganz folgerichtig. Allein, daß man dem Haupteide nicht die Natur eines

Vergleiches zuerkennen könne, ist bereits bei anderen Gelegenheiten nachgewiesen worden *).

Unsere Gerichtsordnungen führen den Haupteid ausdrücklich unter den Beweismitteln auf, und reden von einem Beweise, der durch den Haupteid hergestellt werden soll. Gehet man nun aber von dieser Ansicht aus, so läßt sich die Bestimmung, daß zu Auftragung eines Haupteides eine besondere Vollmacht erforderlich sei, schwerlich rechtfertigen, da von demjenigen, welcher Jemanden zur Führung eines Rechtsstreites überhaupt bevollmächtigt, auch angenommen werden muß, daß er den Machthaber ermächtiget, die zur Begründung des Klagebegehrens oder der Vertheidigung ihm nöthig oder nützlich scheinenden Behelfe in Anwendung zu bringen. Die obenberührte Anordnung des §. 1008 hat sicherlich zum Zwecke, zu verhindern, daß der Machtgeber durch unüberlegte und leichtsinnige Eidesauftragung zu Schaden komme, da derjenige, der einen Haupteid aufträgt, das Schicksal seines Prozesses ganz in die Hände seines Gegners legt. Allein, wenn man die Sache in genaue Erwägung zieht, so muß man zu dem Resultate gelangen, daß die Auftragung eines Haupteides nie schädlich (wenigstens in Beziehung auf den Hauptgegenstand des Prozesses) für denjenigen sein kann, welcher ihn aufträgt. Denn entweder hat der Beweisführer nebst der Auftragung des Haupteides auch noch andere Beweismittel beigebracht oder nicht.

Im ersteren Falle hat der Richter diese Beweise, und nicht die Auftragung des Haupteides in Anwendung zu bringen. Es ist also hier ganz gleichgültig, ob der Haupteid aufgetragen worden ist oder nicht. Findet er aber die anderweitig beigebrachten Beweise nicht entscheidend, oder sind gar keine andern in Anwendung gebracht worden, so muß natürlich (vorausgesetzt, daß der Eid über einen entscheidenden Umstand aufgetragen worden ist) auf den Haupteid erkannt werden, und das Schicksal des Prozesses ist dann allerdings in die Hände des Gegners gelegt, denn von seinem Entschlusse hängt es ab, ob er den Haupteid ablegen wolle oder nicht. Legt er den Haupteid ab, so ist der Prozeß zu seinen Gunsten entschieden. Allein dieser Entschluß liegt doch nicht ganz in seiner Willkür; er hat auch ein Gewissen, das doch Gottlob! nicht bei jedem Menschen ganz schweigt, oder seine Stimme fruchtlos erhebt. Legt er aber doch den Haupteid ab, so widerfährt dem Machtgeber kein größerer Nachtheil, als ihm widerfahren wäre, wenn er den Haupteid nicht aufgetragen hätte. Der Richter geräth öfters in große Verlegenheit, wenn

*) Man sehe den Beweis durch den Haupteid im österr. Civilprozesse von Dr. Theobald Rizy, S. 13. dann meine Erläuterung d. a. G. O. §. 203. Abs. 3.

von einem Sachwalter, und dessen Vollmacht das Befugniß Eide aufzutragen nicht ausdrücklich enthalten, und worin auch von dem Befugnisse Vergleiche einzugehen, nichts vorkömmt, zu dessen Darthuung andere Beweismittel mangeln.

Soll er nun den Mandanten ganz unbedingt sachfällig erklären? Ist wohl mit Grund anzunehmen, daß er seine unbedingte Sachfälligkeit einer bedingten vorziehe?

Noch sonderbarer scheint es mir, wenn das Befugniß einen aufgetragenen Eid zurückzuschieben, von der ausdrücklichen Vollmacht zur Zurückschiebung solcher Eide abhängig gemacht wird, vorzüglich in dem Falle, als in dem Urtheile selbst auf Ablegung oder Zurückschiebung des Eides erkannt wurde, indem hier schon der Umstand, daß binnen einer bestimmten Frist die Erklärung den aufgetragenen Eid ablegen zu wollen, nicht eingebracht wird, für eine stillschweigende Zurückschiebung angesehen wird, und zu einer bloßen Unterlassung der Antretung des aufgetragenen Eides doch eine Vollmacht nicht gefordert werden kann. Setzen wir z. B. der Sachwalter des A, dem ein Haupteid aufgetragen worden ist, überreiche am Schlusse der Frist, welche ihm zur Abgabe seiner Erklärung, ob er den Eid annehmen oder zurückschieben wolle, eingeräumt ist, die Erklärung, daß er den Eid zurückschiebe. Soll nun der Richter, der dieses Gesuch erst nach Verlauf dieser Frist zur Erledigung bringt, dasselbe aus dem Grunde zurückweisen, weil der Sachwalter sich mit keiner Vollmacht den Eid zurückzuschieben ausgewiesen hat, während er die in demselben Momente eingebrachte, von der Partei selbst mitgefertigte Erklärung zur Eidesablegung aus dem Grunde zurückweisen müßte, weil sie verspätet überreicht worden, sohin der Eid für stillschweigend zurückgeschoben anzusehen ist.

Etwas anders gestaltet sich wohl diese Sache, wenn man den Fall voraussetzt, daß bereits bei der Streitverhandlung der aufgetragene Eid zurückgeschoben worden ist. Allein auch hier müssen wir unter den mehreren in Oesterreich erschienenen Gerichtsordnungen unterscheiden.

Nach der allg. Gerichtsordnung wird diese Erklärung gar keine Wirkung haben, indem der Richter bei der Urtheilsschöpfung diese Erklärung der Zurückschiebung des Eides gar nicht beachten darf, sondern ungeachtet dieser bereits in der Verhandlung geschehenen Zurückschiebung des aufgetragenen Haupteides, doch auf die Ablegung oder Zurückschiebung des Eides erkennen muß.

Dadurch würde aber dem Mandatar Desjenigen, dem der Haupteid aufgetragen worden ist, doch immer überlassen sein, denselben auch ohne ausdrückliche Vollmacht wenigstens stillschweigend zurückzuschieben.

Anders gestaltet sich die Sache freilich in dem summarischen Verfah-

ren. Wird nämlich die Zurückschiebung des Eides bei der Verhandlung wegen hiezu mangelnder Vollmacht des Mandanten nicht beachtet, so müßte nach §. 36 immerhin auf Ablegung des aufgetragenen Eides erkannt werden *).

Was die Annahme des aufgetragenen Haupteides anbelangt, so wird dieselbe, wenn sie schon in der Verhandlung erklärt worden ist, nach der allgemeinen und westgalizischen Gerichtsordnung in keinem Falle beachtet, wenn sie auch von dem streitenden Theile selbst oder seinem hiezu ausdrücklich bevollmächtigten Mandaten geschehen wäre. — (§. 277 westg. G. O. und Hofd. vom 12. März 1789, Nr. 996).

Eine Ausnahme von diesen Vorschriften macht zwar die Verordnung über das summarische Verfahren (§. 36), indem in diesem Verfahren, wenn der Haupteid angenommen worden ist, von einer Zurückschiebung des Eides keine Rede mehr sein kann. Allein dieses wäre auch der Fall, wenn gar keine Erklärung abgegeben worden wäre.

Anders würde sich die Sache freilich in dem Falle verhalten, wenn das Urtheil auf Ablegung oder Zurückschiebung des Eides lautete, und der Mandatar des Delaten im Namen seines Gewaltgebers eine Erklärung überreichte, daß dieser den Eid ablegen wolle. In diesem Falle müßte diese Erklärung nach der Vorschrift des §. 1008 b. G. B. zurückgewiesen werden, wenn der Gewalthaber sich mit keiner auf Annahme des Eides lautenden Vollmacht auszuweisen vermöchte.

Aus diesen Bemerkungen folgert der Verfasser indessen nur so viel, daß es eine mißliche Sache sei, in das b. G. B. die Bestimmung aufzunehmen, daß zur Auftragung, Annahme oder Zurückschiebung eines Eides eine besondere Vollmacht erforderlich sei, indem hierauf die Bestimmungen der Gerichtsordnung einen wesentlichen Einfluß nehmen und glaubt daher, daß diese Bestimmung in dem §. 1008 b. G. B. ganz wegzulassen, und es den Vorschriften der Gerichtsordnung zu überlassen sei, in wie fern zu diesen Erklärungen eine Vollmacht erforderlich sei.

XXI.

Der §. 1017 ordnet an, daß in sofern der Gewalthaber innerhalb der Gränzen der offenen Vollmacht handelt, die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten zukommen; daß dagegen die dem Gewalthaber ertheilte, geheime Vollmacht auf das Recht eines Dritten keinen Einfluß habe. Dabei entsteht aber nothwendig die

*) Dieses würde auch nach §. 277 der gal. G. O. zu geschehen haben.

Frage, was unter einer offenen und was unter einer geheimen Vollmacht zu verstehen sei? und ob eine geheime Vollmacht dadurch, daß sie von dem Machtgeber vorgewiesen wird, zur öffentlichen Vollmacht werde? Es ist dem Verfasser aus seiner Praxis bekannt, daß über diese Frage schon viele Prozesse verhandelt wurden, bei welchen durchgängig von der ersten Behörde (einem Landrechte) der Grundsatz festgestellt worden ist, daß die Vorweisung der geheimen Vollmacht sie nicht zur öffentlichen umgestalte, während das Appellationsgericht bei seinen Entscheidungen den entgegengesetzten Satz geltend gemacht hat. Nach diesen zweien sich entgegengesetzten Entscheidungen wurde sich aber nimmer von den streitenden Theilen ausgeglichen und der Verfasser erinnert sich wenigstens keines Falles, daß in diesen Prozessen eine höchste Entscheidung erfolgt wäre.

Hofrath v. Zeiller sagt in seinem Commentar:

„Wenn aber der Machtgeber seine geheime Vollmacht vorweiset, und „ein Geschäft innerhalb der ihm dort ertheilten (erweiterten) Gränzen „vornimmt; so handelt er im Namen und mit der Einwilligung seines „Machtgebers. Die geheime Vollmacht geht dadurch in eine öffentliche „über und der Dritte tritt mit dem Machtgeber in das nämliche Rechts„verhältniß, wie bei einer öffentlichen Vollmacht.“ —

Dagegen enthält das preuß. Landrecht (**1.** Th. **13** Tit. **91—93**) folgende Bestimmung: „Derjenige, der mit dem Bevollmächtigten zu unterhan„deln im Begriffe stehet, hat das Recht die Vorzeigung der Vollmacht zu „fordern. Bezieht sich die Vollmacht auf eine besondere Instruktion, so findet „in Ansehung dieser ein Gleiches statt. Ist einer besondern Instruktion in „der Vollmacht nicht erwähnt, oder deren Vorzeigung verboten, so ist die „Sache zwischen dem Machtgeber und dem Dritten bloß nach dem Inhalte „der Vollmacht zu beurtheilen.“ Unter einer offenen Vollmacht scheint eine solche verstanden werden zu müssen, welche bestimmt ist, den Bevollmächtigten als solchen gegen dritte Personen zu legitimiren; eine geheime Vollmacht aber jene zu sein, welche lediglich zum Zwecke hat, dem Machtgeber seinen Wirkungskreis vorzuschreiben, um die Rechte und Pflichten des Machtshabers gegen den Machtgeber näher zu bestimmen. Die offene Vollmacht ist das Organ, welches sich der Machtgeber bedient, um damit gegen dritte Personen Rechte zu erwerben, oder sich gegen sie zu verbinden; in der geheimen Vollmacht redet er nur zum Machthaber, und zeichnet demselben vor, wie er sich zu benehmen habe.

In jeder offenen Vollmacht ist stillschweigend die Berechtigung enthalten, selbe auch dritten Personen vorzuweisen; durch die letztere aber will der Machtgeber nur sein Rechtsverhältniß gegen den Machthaber näher bestimmen, und es ist daher in selbe auch nicht einmal stillschweigend das

Befugniß begriffen, davon in Geschäften mit einem Dritten Gebrauch zu machen. Wenn er daher dessenungeachtet hievon diesen unerlaubten Gebrauch macht, so überschreitet er die Gränzen seiner Vollmacht und der Machtgeber ist sohin auch in dieser Hinsicht an das Versprechen des Machthabers gegen den Dritten nicht gebunden.

Wer eine offene Vollmacht ertheilt, wird im Widerrufungsfalle besorgt sein, dieselbe zurückzuerhalten, damit kein Mißbrauch mit derselben geschehe. Geheime Vollmachten werden meistens in Briefen oder in Informationen ertheilt, in welchen auch andere Gegenstände mit aufgenommen werden, die sohin nach der Natur der Sache nicht wieder zurückverlangt werden können; würde also eine solche geheime Vollmacht durch die Vorweisung derselben schon ipso facto zu einer öffentlichen, so wäre der Machtgeber immer der Gefahr des Mißbrauchs ausgesetzt.

Ich glaube daher, daß dem §. 1017 noch folgende Worte beigefügt werden sollen:

„Unter einer offenen Vollmacht wird aber eine solche verstanden, welche eigens dazu bestimmt ist, den Bevollmächtigten als solchen gegen dritte Personen zu legitimiren.“

XXII.

Der §. 1018 spricht sich dahin aus, daß im Falle, als der Gewaltgeber einen solchen Gewalthaber, der sich selbst zu verbinden unfähig ist, aufgestellt hat, die innerhalb der Gränzen der Vollmacht geschlossenen Geschäfte sowol für den Gewaltgeber als den Dritten verbindlich sein. Dieser §. macht wohl eine beschränkende Auslegung die der höchste Gesetzgeber durch den §. 6 eigentlich verbannen wollte, unumgänglich nothwendig. Denn diejenigen z. B., welchen der Gebrauch der Vernunft platterdings mangelt, und die daher aus diesem Grunde sich selbst zu verbinden außer Stande sind, sind doch gewiß auch unfähig, im Namen eines Andern ein Versprechen zu machen oder es anzunehmen. Der Sinn des gegenwärtigen §. kann nur dahin gerichtet sein, daß die Unfähigkeit sich selbst zu verbinden, nicht auch die Unfähigkeit im Namen eines Andern ein verbindliches Geschäft einzugehen, nothwendig in sich schließe. Da es aber Gründe der Unfähigkeit sich selbst zu verbinden geben kann, welche den Machthaber als ein untaugliches Organ für eine rechtskräftige Willensäußerung des Machtgebers darstellen, so glaube ich, daß hier die Ausnahme von der im §. 1018 als Regel ausgesprochenen Bestimmung beigerückt werden solle.

Da nun in Ansehung aller jener Personen, die das Gesetz für unfähig erklärt, ein zu ihrem Vortheile gemachtes Versprechen anzunehmen, angenommen wird, daß sie überhaupt unfähig seien, eine Willenserklärung abzugeben, welche als Ergebniß ihrer Vernunftthätigkeit angesehen werden kann, — so erscheinen solche Personen aber auch als unfähig, im Namen eines Andern, eine solche Willenserklärung abzugeben. Darum trage ich darauf an, dem §. **1018** beizurücken, daß von dieser Bestimmung jene Personen ausgenommen sind, die von dem Gesetze für unfähig erklärt sind, ein zu ihrem Vortheil gemachtes Versprechen anzunehmen.

Es dürften daher am Schlusse des §. **1018** noch folgende Worte zu setzen sein:

„wenn der Gewalthaber nur überhaupt die Fähigkeit besitzt, ein zu seinem Vortheile gemachtes Versprechen anzunehmen."

XXIII.

Der §. **1019** lautet dahin: „Wenn der Machthaber den Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, erhalten und angenommen hat, so erlangt der Dritte, sobald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtigt worden ist, das Recht gegen den Einen oder den Andern Klage zu führen." —

Gegen diese gesetzliche Anordnung dürften sich zwei Bedenken ergeben.

a) Wenn der Dritte entweder von dem Machtgeber oder Machthaber eine bestimmte Nachricht davon erhält, daß Letzterer von dem Ersteren den Auftrag erhalten habe, ihm einen Vortheil zuzuwenden, geschieht nichts Anderes, als daß der Mandatar diesem Dritten als ein Stellvertreter des Mandanten angekündigt wird, der kraft der übernommenen Vollmacht das Geschäft mit ihm abschließen soll. Diese ertheilte Nachricht ist sohin nur ein gegen den Dritten gemachtes Versprechen, mittelst des Bevollmächtigten das bestimmte Geschäft mit ihm abschließen zu wollen (§. **936**). Nun ist es aber ein Hauptgrundsatz jedes bürgerlichen Rechtes, daß aus bloß einseitigen Willenserklärungen, welche von der andern Seite noch nicht angenommen wurden, für den Erklärenden noch keine Verbindlichkeit zur Leistung dessen, wozu er sich erklärt hat, erwachse. Gegen diesen Grundsatz scheint die Anordnung des gegenwärtigen §., wenn man sie buchstäblich nimmt, zu verstoßen, nach welchem die bloße dem Promissar bekannt gemachte Willenserklärung des Promittenten, bevor noch die Erklärung

der Annahme des erstern erfolgt ist, schon ein Klagerecht bewirken soll. Setzen wir den Fall: A erkläre sich unmittelbar gegen den B., daß er ihm sein Haus abtreten wolle, in diesem Falle wird für den Ersteren hieraus nur die Verbindlichkeit erwachsen, den zur Erklärung der Annahme der im §. 862 bestimmten Zeitraum abzuwarten. Erfolgt nun die Erklärung der Annahme in dem bestimmten Zeitpunkte nicht, so ist das Versprechen erloschen; erfolgt aber die Erklärung der Annahme, so ist erst von diesem Zeitpunkte und nicht von dem des erhaltenen Versprechens für den Promissar ein Klagerecht rechtlich begründet. Sollte nun diese in der Wahrheit des Vertragsverhältnisses sich gründende Bestimmung dadurch eine Abänderung erleiden, wenn die Erfüllung des Versprechens nicht unmittelbar von dem Promittenten selbst ausgehen, sondern vermittelst eines Bevollmächtigten geschehen soll? —

Die Anordnung des §. 1019 scheint sich auch noch mit andern gesetzlichen Bestimmungen schwer vereinigen zu lassen.

Setzen wir z. B. A trug dem B auf, dem C 100 fl. in des Erstern Namen auszuzahlen. B nimmt diesen Auftrag an und A setzt den C davon in Kenntniß. Wendet man nun den §. 1019 auf diesen Fall an, so muß man behaupten, daß C von dem Augenblicke an, als er von dieser Zahlungsanweisung in Kenntniß gesetzt wurde, schon ein Klagerecht erlange, ohne daß er sich früher zu erklären brauchet, ob er diese Zahlung auch annehmen wolle oder nicht. Ganz ein anderes Ergebniß wird aber dieser Fall nach sich ziehen, wenn man ihn nach den Vorschriften über Assignation beurtheilt. Denn der §. 1402 ordnet an, daß eine Assignation nur für diejenigen Theile wirksam sei, die mit einander verstanden sind. — So lange daher die Einwilligung des C als Assignatars nicht erklärt ist, muß auch diese Anweisung für ihn unwirksam erscheinen, und der §. 1404 erklärt überdieß ausdrücklich, daß der Assignant die Assignation, so lange sie von dem Assignatar nicht angenommen ist, widerrufen könne; es ist also auch klar, daß im vorliegenden Falle nach den Lehrsätzen der Assignation der C vor Erklärung der Annahme kein Klagerecht weder gegen A als Assignanten, noch gegen B als Assignaten habe. Man könnte zwar dagegen einwenden, daß der §. 1019 und die §§. 1402—1404 von verschiedenen Fällen reden. Die letzten §§. setzen voraus, daß der Assignatar Gläubiger des Assignanten sei, und der §. 1019 spricht von einem von dem Machthaber einem Dritten zugewendeten Vortheile. Der Auftrag an den Bevollmächtigten einem Dritten dasjenige zu bezahlen, was der Machthaber an diesen zu zahlen bereits schuldig ist, könne nicht mit dem Ausdrucke „einen Vortheil zuzuwenden" begriffen werden. Allein setzen wir den Fall, daß der Assignatar Geld dringend benöthige und die Forderung, die er an

den Assignanten zu stellen hat, noch nicht fällig wäre. Wenn nun der Assignant noch vor der Verfallzeit einen Andern beauftragt seinen Gläubigern die Forderung zu bezahlen, so ist doch dadurch dem Assignaten offenbar ein Vortheil zugewendet, ohne daß auf der andern Seite dadurch der Begriff der Assignation aufgehoben wird

b) Das zweite Bedenken, das sich aus der Anordnung dieses §. aufdringt, liegt in der Anordnung, daß der Dritte das Recht erlange, gegen den Einen oder den Andern Klage zu führen, wodurch es wenigstens den Anschein gewinnt, als ob es ganz in der Willkür des Dritten gelegen wäre, wen aus Beiden er klagen wolle. Auch diese Anordnung scheint im obigen Sinne genommen mit den Beisätzen über Assignationen nicht in Harmonie zu stehen. Denn eben aus der im §. 1402 festgesetzten Bestimmung, daß die Assignation nur für diejenigen Theile wirksam sei, die mit einander einverstanden sind, folgt, daß der Assignat der die Annahme der Assignation nur gegen den Assignanten, nicht aber auch gegen den Assignatar erklärt hat, nur jenem nicht aber auch diesem für die Erfüllung seines Versprechens verantwortlich sei. Setzen wir überdieß den Fall, daß der Machtgeber den Auftrag an seinen Machthaber, dem Dritten den Vortheil zuzuwenden widerrufen habe; soll nun hier dem Machthaber die Beurtheilung anheim gestellt werden, ob sein Machtgeber zu diesem Widerrufe berechtigt sei? und er sohin der Gefahr einer Klage von Seite des Dritten ausgesetzt werden, wenn er dem Auftrage seines Machtgebers Gehör gibt, ehe noch zwischen ihm und dem Dritten ein förmlicher Vertrag zu Stande gekommen ist?

Umgekehrt aber kann es sich ereignen, daß der Machtgeber aus freiem Antriebe und ohne daß auf seiner Seite früher eine Verbindlichkeit hiezu vorhanden war, den Machtgeber anweise, dasjenige, was dieser ihm als Machtgeber zu bezahlen schuldig ist, einem Dritten zu leisten, der Machthaber diesen Auftrag annimmt, und den Dritten hievon in Kenntniß setzt. Soll nun diesem Dritten, im Falle der Machthaber diesem Auftrage nicht nachkömmt, gegen den Machtgeber eine Klage gebühren? Dieses stünde im Widerspruche mit dem §. 1408 b. G. B., welcher anordnet: „Wenn der Assignant seinem Schuldner als Assignaten die Zahlung nur in eben dem Maße als er sie ihm zu leisten schuldig war, aufträgt, und dem Assignatar an ihn zum Empfang anweiset, so gilt dem Assignatar die Assignation als eine Abtretungs-Urkunde, und es tritt zwischen ihm und dem Assignaten eben das Verhältniß ein, welches zwischen dem Uebernehmer einer Forderung und dem übernommenen Schuldner, dem der Uebernehmer bekannt geworden ist, Statt findet. Dieses heißt mit andern Worten nur soviel, daß die Assignation in diesem Falle in eine Cession übergehe;

nun sagt aber der §. 1397: „Wer eine Forderung ohne Entgelt abtritt, also verschenkt, haftet nicht weiter für dieselbe.“ Dieses stimmt auch mit der allgemeinen Vorschrift des §. 922 überein, nach welchem nur bei einem entgeltlichen Vertrage eine Gewährleistung eintritt. Folgende in Antrag gebrachte veränderte Textirung des §. 1019 scheint sohin durch gegenwärtige Bemerkungen gerechtfertiget.

„Wenn der Machthaber den Auftrag einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden erhalten und angenommen hat, so erlangt der Dritte, sobald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtiget worden, und er auch diesen Vortheil binnen der gesetzlichen Zeit angenommen hat, das Recht, nach Lage der Umstände, entweder gegen den Einen oder gegen den Andern, oder gegen beide Theile zugleich Klage zu führen.“

XXIV.

In Ansehung des Widerrufes einer Vollmacht ist schon öfter die Frage gerichtlich und außergerichtlich zur Sprache gekommen, ob in dem Falle, als der Machtgeber in der Vollmacht sich ausdrücklich erklärt hat, daß die Vollmacht unwiderruflich sein soll, sein Widerruf demnach von Wirkung sei? und so viel mir bekannt ist, herrschen in Ansehung dieses Punktes verschiedene Ansichten. Der Verfasser hält die Behauptung des ersten Kommentators des b. G. B. Hofrath v. Zeiller, daß selbst in dem Falle, als der Machthaber auf längere Zeit oder auf lebenslang bestellt worden wäre, der Machtgeber, wenn er die Vollmacht ohne rechtsgültige Ursache vor der Zeit widerruft, zwar zur Fortsetzung der zugesicherten Belohnung, nie aber dazu angehalten werden könnte, daß er sein Geschäft von dem ihm lästigen Machthaber besorgen lasse, für die richtigere. Dagegen wird häufig bemerkt, daß die Bestimmungen, die das Gesetz im Allgemeinen bei Verträgen festsetzt, in der Regel nur für jene Fälle zu gelten haben, in welchen zwischen den Parteien nichts Besonderes ausgemacht ist. Allein diese Bemerkung gilt bloß von den natürlichen Bestimmungen eines Vertrages, nicht auch von denjenigen, welche aus seiner Natur und seiner Wesenheit hervorgehen. Die gegenwärtige Anordnung fließt aber aus der Natur und Wesenheit des Bevollmächtigungs-Vertrages; denn der Machthaber erscheint lediglich als das Organ, mittelst welchem der Machtgeber mit dem Dritten Geschäfte abschließt, oder wodurch er überhaupt Handlungen unternimmt. Gibt der Machtgeber daher in der Folge

seinen Willen auf, durch den Bevollmächtigten Handlungen zu unternehmen oder Geschäfte abzuschließen, so erscheint dieser nicht mehr als das Organ, durch welches der Machtgeber handelt, sein Wille ist nicht mehr der Wille des Machtgebers. Beide, die in Beziehung auf einen Dritten als eine Person angesehen werden sollen, theilen sich in zwei Personen, deren beiderseitige Willensakte sich entgegen stehen. Sollte die Vollmacht noch fort von Wirkung sein, so müßte sich der Wille des Machtgebers dem des Machthabers unterwerfen; der Bevollmächtigte würde sohin von diesem Zeitpunkte an aufhören Bevollmächtigter zu sein und sich zum Kurator seines Mandanten aufwerfen. Eine solche Kuratel ist aber im Gesetze nicht gegründet.

Daß also dem Widerrufe einer Vollmacht der in derselben anders lautende Wille des Machtgebers nicht entgegen stehen könne, scheint ausgemacht. —

Der Verfasser glaubt aber, daß zur Vermeidung irriger Ansichten und wie schon vorgekommen, Bevortheilungen verblendeter Machtgeber, dieses im §. **1020** ausdrücklich zu bemerken, jedoch beizufügen wäre, daß wenn in der Vollmacht eine Belohnung zugesichert wäre, der Machtgeber, dem ohne gegründete Ursache vor der Zeit die Vollmacht abgenommen würde, für den Ertrag derselben eine verhältnißmäßige Entschädigung in Anspruch zu nehmen hätte. Ob aber die Ursache gegründet sei, hätte der Richter aus den von dem Machtgeber zu erweisenden Umständen zu beurtheilen.

Aus diesen Bemerkungen glaube ich auf folgende Textirung des §. **1020** antragen zu sollen:

„Es steht dem Machtgeber frei, die Vollmacht nach Belieben selbst dann zu widerrufen, wenn auch in der Vollmacht ausdrücklich die Unwiderruflichkeit derselben festgesetzt worden wäre, doch muß der Machtgeber den Machthaber, nicht nur die in der Zwischenzeit gehabten Kosten, und den sonst erlittenen Schaden ersetzen, sondern auch einen der Bemühung angemessenen Theil der Belohnung entrichten. Dieses findet auch dann Statt, wenn die Vollendung der Geschäfte durch einen Zufall verhindert worden ist. Ist die Unwiderruflichkeit in der Vollmacht festgesetzt, und zugleich darin für den Bevollmächtigten eine Belohnung bestimmt, so kann der Bevollmächtigte, wenn der Widerruf aus ungegründeten Ursachen erfolgt, den fortwährenden Bezug der Belohnung fordern.

XXV.

Dem Machtgeber, der die Vollmacht widerruft, muß daran gelegen sein, daß der Machthaber außer Lage gesetzt werde, von der ihm ausgestellten schriftlichen Bevollmächtigungs-Urkunde noch ferner Gebrauch zu machen. Ihm muß daher das Recht zustehen, sie zurückzufordern, insofern der Gewalthaber nicht bereits in Folge der ihm ertheilten Vollmacht, Handlungen unternommen hat, und er daher die Vollmacht zu seiner Rechtfertigung bedarf. Sollte daher der Machthaber aus dieser Ursache die Zurückstellung der Vollmacht verweigern, so scheint dem Machtgeber das Recht zuzustehen, den Widerruf der Vollmacht auf der dießfälligen Urkunde selbst anmerken zu lassen. Denn der Widerruf der Vollmacht allein, ohne Zurückstellung der Vollmacht oder Anmerkung des Widerrufs auf der Urkunde kann nur Einfluß auf das Recht des Machthabers selbst, keineswegs aber auf die Rechte Derjenigen nehmen, welche sich auf den Grund dieser offenen Vollmacht in ein Geschäft mit dem Machthaber eingelassen haben, und denen der Widerruf der Vollmacht nicht bekannt geworden ist. Dem Machthaber aber müssen die Mittel zu Gebote stehen, die Vollmacht mit der Wirkung zu widerrufen, daß auch dritte Personen dadurch außer Stand gesetzt werden, mit dem gewesenen Bevollmächtigten als solchem ein rechtsverbindliches Geschäft abzuschließen. Darum scheint auch für den Fall Fürsorge getroffen werden zu müssen, wenn der Machtgeber verhindert würde, den Widerruf auf der Vollmacht anmerken zu lassen, indem z. B. der Machtgeber vorgibt, die Urkunde nicht mehr zu besitzen oder sie verlegt zu haben. Für diesen Fall trage ich daher darauf an, daß dem Machtgeber das Recht eingeräumt werde, zu fordern, daß der Widerruf der Vollmacht durch die Gerichtsbehörde des Machthabers in den öffentlichen Blättern kundgemacht werde, und diese Kundmachung, nachdem sie dreimal in dieselbe eingerückt ist, die Wirkung hervorbringe, daß die nach der Hand zwischen dem Machthaber und einem Dritten auf Grund dieser Vollmacht geschlossenen Verträge ungültig sein. Daher scheint es zweckmäßig den §. 1026 mit dem anfolgenden Zusatz zu vermehren:

„Zur Verwahrung vor einem Nachtheile steht dem Machtgeber das Recht zu, die Vollmacht zurückzuverlangen, oder insofern dieses nicht thunlich wäre, den Widerruf auf selbe gerichtlich vormerken zu lassen, oder insofern wegen angeblichen Verlustes derselben oder aus andern Ursachen auch dieses nicht geschehen könnte,

den Widerruf durch die Zeitungsblätter öffentlich bekannt machen zu lassen, wo dann, nachdem der Widerruf in den Zeitungsblättern dreimal eingerückt worden ist, derselbe als allgemein bekannt anzusehen ist."

XXVI.

Es geschieht im gemeinen Leben sehr häufig, daß Gelder auf Schuldscheine oder Quittungen durch dritte Personen, die von dem Darleiher oder Gläubiger mit diesen Urkunden an den Anleiher oder Schuldner abgeschickt werden, erhoben werden, und Anleiher oder Schulder nehmen, sobald sie sich von der Echtheit dieser Urkunden überzeugen, keinen Anstand, das Geld gegen Aushändigung dieser Urkunden an diese dritten Personen auszuzahlen, ohne sich um eine Vollmacht derselben zur Erhebung dieser Gelder zu bekümmern.. — Setzen wir nun den Fall, daß der Aussteller einer solchen Urkunde den Beweis liefern könnte, daß er ungeachtet der Ausstellung dieser Urkunde doch keine Gelder erhalten habe, indem z. B. ein Dritter unbefugter Weise sich des Schuldscheins oder der Quittung bemächtigt hätte, so müßte meines Erachtens nach den Gesetzen der Darleiher das dem Dritten zugezählte Darleihen einbüßen, und der Schuldner müßte seinen Gläubiger den auf die Quittung bezahlten Betrag noch einmal berichtigen. Denn der durch den Schuldschein oder die Quittung hergestellte Beweis, daß der angebliche Schuldner oder der Gläubiger das Geld wirklich zugezählt erhalten habe, wäre durch diesen Gegenbeweis zernichtet. Dennoch scheint es hart diesen Verlust auf Diejenigen zu wälzen, die auf Grund der ihnen überbrachten, vollen Glauben verdienenden Urkunden diese Gelder ausbezahlt haben, indem sie den Ueberbringer derselben mit vollem Grunde als zur Empfangnahme dieser Gelder berechtigt ansehen mußten, und gewöhnlich auf der Gegenseite ein Verschulden liegt, daß sich diese Personen ohne Ermächtigung dieser Urkunden bemeistern konnten. Der nämliche Grund, der im §. **1033** für die vermuthete Bevollmächtigung desjenigen, der das dort berührte Einschreibbuch überbringt, streitet, scheint auch dafür das Wort zu sprechen, daß die Ueberbringer solcher Schuldscheine und Quittungen für Bevollmächtigte des Ausstellers anzusehen seien. Daher trage ich auch darauf an, die im §. **1033** enthaltene Anordnung auf die Ueberbringer von Schuldscheinen und Quittungen, insofern diese Urkunden in beweismachender Form ausgefertigt sind, auszudehnen.

Uebrigens glaubt der Verfasser, daß selbst die Worte des §. **1033** Dasjenige nicht genau und in vollem Umfange ausdrücken, was nach der Absicht des höchsten Gesetzgebers dadurch bezeichnet werden soll. Denn jede Vermuthung läßt einen Gegenbeweis zu. Würde daher der Borggeber

den Beweis herstellen, daß er Denjenigen, der das Einschreibebuch überbrachte, nicht bevollmächtigt habe, die Waare auf Borg zu nehmen, so scheint es nach den Worten, daß die im §. 1033 ausgesprochene Vermuthung zerfalle, und der Borggeber sich den Nachtheil, der hieraus entspringt, daß er an einen nicht Bevollmächtigten die Waaren übergeben habe, gefallen lassen müsse. Dieses Nämliche scheint nach dem Inhalte der §§. 1029 und 1030 behauptet werden zu müssen, wenn Derjenige, der einem Andern eine Verwaltung anvertraut hat, darthun sollte, daß er diesen Andern bei der Verwaltung besonderen Beschränkungen unterworfen hat, oder wenn der Eigenthümer einer Handlung eines Gewerbes den Beweis herstellen sollte, daß ungeachtet er seinen Diener bevollmächtiget hat, Waaren zu verkaufen, er ihm doch ausdrücklich verboten habe, die Bezahlnng hiefür in Empfang zu nehmen.

Eine solche aus dem Buchstaben des §. 1030 und 1033 gefolgerte Erklärung würde aber gewiß mit dem Sinne und Geiste dieser Gesetzstellen nicht im Einklange stehen. Denn die Absicht des Gesetzgebers geht bei Feststellung dieser gesetzlichen Bestimmungen offenbar dahin, die Sicherheit des Verkehrs zu schützen, und sohin auch Denjenigen, der sich mit dem Verwalter eines fremden Geschäftes in ein Geschäft einläßt, bei welchem er nach den hier aufgezählten Umständen vermuthen muß, daß er dazu berechtigt sei, ihn vor einer allenfälligen Gefährdung zu bewahren. Unterwirft Derjenige, der Jemanden eine Verwaltung anvertraut hat, diesen bei Führung derselben solchen Beschränkungen, die mit der Natur der Verwaltung nicht im Einklange stehen, so hat er dafür zu sorgen, daß Diejenigen, die sich mit ihm in Geschäfte einlassen, davon in Kenntniß kommen. Würde Derjenige, der sich mit einem solchen Verwalter oder Diener einläßt, für welchen die Vermuthung streitet, daß dieser zur Abschließung desselben berechtiget sei, besorgen müssen, daß durch einen Gegenbeweis diese Vermuthung wieder zernichtet werde, so müßte er, wollte er sich vor einem Nachtheile schützen, immer um eine ausdrückliche Vollmacht sich bekümmern und die dadurch von dem Gesetzgeber bezielte Erleichterung des Verkehres würde durch eine solche Vorsicht wieder verschwinden. Der Sinn dieser gesetzlichen Anordnungen scheint vielmehr dahin zu gehen, daß Derjenige, dem die Verwaltung eines fremden Geschäftes anvertraut wird, oder der Diener, dem der Eigenthümer einer Handlung Waaren zu verkaufen gestattet, oder Derjenige, der das Einschreibbuch überbringt, ganz so anzusehen sei, als wäre er mit einer offenen Vollmacht versehen, alles dasjenige zu thun, was die Verwaltung selbst erfordert, oder was gewöhnlich damit verbunden ist, nämlich für die Waare die Bezahlung zu empfangen und Quittungen dafür auszustellen, und die Waare auf Borg zu nehmen.

Durch die nachstehend angetragene Textirung dürfte der Sinn der §§. **1029**, **1030**, **1033** richtig bezeichnet sein.

Zur richtigeren Bezeichnung des Sinnes der §§. **1029, 1030, 1033** trage ich auf folgende Textirung dieser §§. an:

§. 1029.

„Ist die Vollmacht nicht schriftlich gegeben, so wird ihr Umfang aus dem Gegenstande und der Natur des Geschäftes beurtheilt. Wenn einem andern eine Verwaltung anvertraut wird, so liegt schon hierin die offene Vollmacht, alles dasjenige zu thun, was die Verwaltung selbst erfordert, und was gewöhnlich damit verbunden ist."

§. 1030.

„Gestattet der Eigenthümer einer Handlung oder eines Gewerbes seinem Diener oder Lehrlinge Waaren in dem Laden oder außerhalb desselben zu verkaufen, so werden selbe so angesehen, als ob sie mit der Vollmacht versehen sein, die Bezahlungen zu empfangen, und Quittungen dagegen auszustellen."

§. 1033.

„Besteht aber zwischen dem Borgnehmer und dem Borggeber ein ordentliches Einschreibbuch, worin die ausgeborgten Sachen aufgezeichnet werden, so gilt die Uebringung dieses Buches für eine für den Ueberbringer lautende Vollmacht die Waaren auf Borg zu nehmen. Auch ist Derjenige, der einen von einem Andern ausgestellten Schuldschein oder eine Quittung überbringt, als bevollmächtigt anzusehen, den betreffenden Geldbetrag für den Aussteller in Empfang zu nehmen."

XXVII.

Der §. **1052.** ordnet an, daß (bei einem Tauschgeschäfte) derjenige, der auf die Uebergabe dringen will, seine Verbindlichkeit erfüllt haben, oder sie zu erfüllen bereit sein müsse. Hier entsteht der Zweifel, ob es genüge, daß derselbe seine Bereitwilligkeit zur Erfüllung des Vertrages blos

erkläre, oder ob er seine Bereitwilligkeit ausweisen müsse und im letzteren Falle, welcher Beweis hier erfordert werde.

Hierüber können sehr mannigfaltige Streitigkeiten entstehen, und da dem Richter hier ein bestimmtes Regulativ mangelt, so werden auch die dießfälligen Entscheidungen in der Prax sehr verschieden ausfallen.

Derjenige, der um die Erfüllung eines solchen Vertrages belangt wird, kann auch dem Kläger einwenden, daß er gleichfalls zur Erfüllung des Vertrages bereit sei, daß er aber keinen hinreichenden Grund einsehe, warum gerade er und nicht der Kläger mit Erfüllung des Vertrages beginnen müsse.

Nach meinem Dafürhalten kann es für keinen Fall genügen, daß der Kläger lediglich seine Bereitwilligkeit den Vertrag zu erfüllen, erkläre, sondern er soll seine Bereitwilligkeit hiezu nachweisen. Auch soll der Geklagte nicht in die Lage gesetzt werden, daß, wenn er den Vertrag von seiner Seite erfüllt hat, er vielleicht genöthiget werde, die Erfüllung des Vertrages von der Gegenseite wieder im ordentlichen Rechtswege fordern zu müssen. Verfasser glaubt daher, daß Derjenige, der die Erfüllung des Vertrages von der andern Seite anspricht, und Anstand nimmt, ihn von seiner Seite früher, wie sein Gegner in Erfüllung zu bringen, doch wenigstens die Erfüllung von seiner Seite auf die im §. 1452 b. G. B. bestimmte Art und Weise ausweisen soll.

Daher trage ich anstatt des §. 1052 auf folgende Bestimmung an:

„Wer auf die Uebergabe bringen will, muß sich über die Erfüllung seiner Verbindlichkeit, oder wenigstens darüber ausweisen, daß er sich nach dem §. 1425 benommen habe.

XXVIII.

So wie der §. 1063 textirt ist, scheint es, daß die Uebergabe des Kaufgegenstandes ein wesentliches Erforderniß des Kaufvertrages auf Borg sei, und es ist in mehreren dem Verfasser zu Auge gekommenen Satzschriften wirklich diese Behauptung aufgestellt worden. Allein dieses ist zuverlässig nicht der Sinn des Gesetzes. Der Kaufvertrag ist sowohl nach naturrechtlichen Begriffen, als nach den positiven Bestimmungen der verschiedenen Gesetzgebungen und insbesondere des österreichischen bürgerlichen Rechtes ein Consensual-Vertrag, der lediglich durch den übereinstimmenden Willen der Kontrahenten zu Stande kömmt, ohne daß dabei wie es z. B. bei dem Verwahrungs-, Leih- und Darleihungs-Vertrag der Fall ist, die Uebergabe des Kaufgegenstandes hinzutreten muß. Der Kauf auf Borg ist nur eine bestimmte Art des Kaufvertrages, er muß daher

auch die wesentlichen Merkmale mit ihm gemein haben. Der Unterschied zwischen dem gemeinen Kauf und dem Kauf auf Borg besteht daher eigentlich darin, daß bei dem gemeinen Kaufe beide Theile darin übereinkommen, daß die gekaufte Sache nicht eher in das Eigenthum des Käufers übergehen, und daher auch der Verkäufer nicht eher zur Uebergabe der Sache an den Käufer verpflichtet sein soll, bis nicht der Kaufschilling ganz berichtigt ist; wogegen bei dem Kaufe auf Borg beide Theile darin übereinkommen, daß die verkaufte Sache noch vor gänzlicher Berichtigung des Kaufschillings dem Käufer übergeben werden und dieser in das Eigenthumsrecht desselben kommen soll. In dem gegenseitigen Uebereinkommen also und nicht in der wirklich erfolgten Uebergabe besteht das Wesentliche eines Kaufes auf Borg.

Der Sinn des vorliegenden §. d. b. G. B. kann daher nur dahin gerichtet sein, daß in dem Falle, als die verkaufte Sache dem Käufer noch vor der Bezahlung des Kaufpreises übergeben wird, die Vermuthung entsteht, daß die Sache auf Borg verkauft sei.

Dabei ist besonders zu bemerken, daß in der Praxis die Frage sehr häufig zur Sprache kömmt, ob im Falle eines geschlossenen Kaufes, wenn in dessen Folge die verkaufte Sache bereits dem Käufer übergeben wurde, die Vermuthung dafür streite, daß auch der Kaufschilling hiefür bereits entrichtet sei, oder ob der Käufer, wenn der Kaufvertrag gegen ihn erwiesen, und er um die Entrichtung des Kaufschillings belangt wird, den Beweis zu führen habe, daß er den Kaufschilling hiefür entrichtet habe. Hierüber sind wohl die Meinungen sehr getheilt, und da diese Frage sehr praktisch ist, indem täglich in der Monarchie tausend solche Kaufgeschäfte abgeschlossen werden, ohne daß es Jemanden beifällt, sich um einen Beweis des Kaufschillings zu bekümmern, so ist es auch sehr wünschenswerth, daß das Gesetz in solchen Ausdrücken abgefaßt werde, daß hierüber nicht leicht ein Zweifel entstehen kann.

Was nun die Beantwortung der Frage selbst betrifft, so glaubt der Verf., daß es wohl in der Natur der Sache liege, daß Derjenige, dem in Folge eines geschlossenen Kaufes die gekaufte Sache auch wirklich übergeben wurde, die Vermuthung des hiefür entrichteten Kaufschillings für sich habe, wenn nicht erwiesen wird, daß er die Sache lediglich auf Borg gekauft habe. Denn die Uebergabe der erkauften Sache kann sowohl die Folge eines gemeinen, als die eines Kaufes auf Borg sein. Ist erwiesen, daß die Sache dem Käufer in Folge eines gemeinen Kaufvertrages übergeben worden sei, so liegt offenbar in der Uebergabe der Beweis des entrichteten Kaufgeldes, weil, wenn die Sache vor Entrichtung des Kaufgeldes übergeben würde, die Sache auf Borg verkauft anzusehen wäre.

Ist dagegen erwiesen, daß die Sache auf Borg verkauft wurde, daß nämlich zufolge des gegenseitigen Uebereinkommens die Uebergabe noch früher zu geschehen hatte, als der Kaufschilling zu entrichten war, so ist es gleichfalls in der Natur der Sache gegründet, daß aus der Uebergabe des Kaufgegenstandes auf die Entrichtung des Kaufschillings nicht geschlossen werden könne, und daß daher der Käufer die Entrichtung desselben zu beweisen habe. Fordert nun der Verkäufer nach vollzogener Uebergabe der verkauften Sache von dem Käufer die Bezahlung des Kaufschillings, so liegt dieser Forderung offenbar die Behauptung zum Grunde, daß ein Kauf auf Borg geschlossen worden sei, weil, wenn ein gemeiner Kauf geschlossen worden wäre, gerade in der Uebergabe der Sache der Beweis des bezahlten Kaufschillings liegen würde. Nun muß aber derjenige, der in einer Streitsache sein Begehren auf ein Faktum gründet, dasselbe erweisen, somit auch, wenn er unter mehreren Arten, der im Gesetze besonders ausgezeichneten Verträge, einen derselben behauptet, oder als faktischen Grund seiner Klage oder Einrede anführt, denselben erweisen. (§. 104 d. G. O.)

Um nun die aus der Textirung des Gesetzes sich ergebenen Anstände zu beseitigen, wird auf nachstehende Abänderung in der Textirung des §. 1063 b. G. B. angetragen:

„Kommen Käufer und Verkäufer darin überein, daß die verkaufte Sache noch vor der vollständigen Bezahlung des Kaufschillings übergeben werde, so ist die Sache auf Borg verkauft, und das Eigenthum derselben geht gleich nach der Uebergabe an den Käufer über. Wird erwiesen, daß die Sache dem Käufer von dem Verkäufer ohne das Kaufgeld erhalten zu haben, übergeben worden ist, so wird vermuthet, daß die Sache auf Borg verkauft wurde. Außer diesen Fällen wird angenommen, daß Derjenige, dem eine gekaufte Sache von dem Käufer übergeben worden ist, auch den Preis hiefür entrichtet habe; das Gegentheil muß erwiesen werden."

XXIX.

Ueber den eigentlichen Sin und Umfang des §. 1101 in Verbindung mit dem nachgefolgten höchsten Hofdekret vom 5. Nvbr. 1819 ergeben sich in der Praxis mehrere Anstände, deren Beseitigung von Seite der Legislation wünschenswerth ist. Die Zweifelspunkte in Ansehung der Bestimmung dieses oberwähnten §. sind folgende:

a) Zufolge desselben erstreckt sich das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers nicht nur auf die von dem Miethen eingebrachten eigenthümlichen, sondern auch auf die von einem Dritten ihm anvertrauten Einrichtungsstücke und Fahrnisse. Hier entsteht nun die Frage, ob dem Vermiether dieses Pfandrecht auch dann zustehe, wenn er weiß, oder wenigstens vermuthen muß, daß die eingebrachten Einrichtungsstücke dem Miether nicht gehören? Für die bejahende Beantwortung dieser Frage spricht wohl vorzüglich der Umstand, daß der gegenwärtige §. ausdrücklich keinen Unterschied festsetzet, ob der Vermiether die eingebrachten Fahrnisse redlicher Weise für ein Eigenthum des Miethers halten konnte, oder nicht; der §. überhaupt die möglichste Sicherstellung des Vermiethers in Ansehung des rückständigen Miethzinses bezielet, und der Eigenthümer dieser Mobilien sich dadurch nicht beschwert fühlen kann, weil er weiß, daß das Gesetz dem Vermiether dieses Pfandrecht einräumt. Allein diesem steht entgegen, daß sich der §. **1101** bei dieser Bestimmung ausdrücklich auf den §. **367** b. G. B. bezieht, und daher anzudeuten scheint, daß in Ansehung des dem Vermiether zustehenden Pfandrechtes auf fremde Sachen, die nämlichen Grundsätze ins Leben treten sollen, die das Gesetzbuch bei Veräußerung fremder beweglicher Sachen im §. **367** und bei der Verpfändung solcher Sachen (§. **456**) aufgestellt hat. Die frühere Gesetzgebung (Gesetzb. für Westgalizien III. Thl. **242**, dann Hofdkrt. v. **16**. Sptbr. **1796** NN. **369**) hatte das Pfandrecht des Vermiethers lediglich auf die dem Miether eigenthümliche Fahrnisse beschränkt, durch das neue b. G. B. sollte aller Wahrscheinlichkeit nach das Pfandrecht des Vermiethers mit dem Geiste des §. **458** in Einklang gebracht werden. Da ich nun aus diesem Grunde der Ansicht bin, daß dem Vermiether das Pfandrecht auf die von dem Miether eingebrachten fremden Fahrnisse nur dann zustehe, wenn ersterer nicht weiß, daß selbe einem Dritten gehören, so glaube ich, um jeden Zweifel zu beseitigen, für den §. **1101** in dieser Hinsicht die nachfolgend angetragene Veränderung in der Textirung vorschlagen zu müssen.

b) Das Gesetz räumt dem Vermiether das Pfandrecht auf jene von dem Miethmanne eingebrachten Fahrnisse ein, die zur Zeit der Klage noch in der Wohnung befindlich sind. Daraus glauben nun Mehrere folgern zu müssen, daß erst durch die Ueberreichung der Klage das wirkliche Pfandrecht erworben werde, daß sohin die vor der Klage in der Wohnung befindlich gewesenen Effekten noch keine Pfandstücke des Vermiethers seien, und daß daher durch das bloße Entstehen des Zinsrückstandes an und für sich noch keineswegs das wirkliche Pfandrecht in das Leben trete, sondern vielmehr erst durch die nach Hfdkrt. v. **5**. Novbr. **1819** vorgenommene pfandweise Beschreibung erworben werde. Die Geschichte der österr.

Gesetzgebung und insbesonders die im Einverständnisse mit der Hofkommission in Justizgesetzsachen durch den lombardisch-venetianischen Senat der obersten Justizstelle erlassene Belehrung *) stellen diese Ansicht, die öffentlich vertheidigt wurde, und nach welcher schon mehrere Urtheilssprüche erfolgt sind, als irrig dar. — Indessen dürfte doch auch nicht gezweifelt werden, daß es wünschenswerth sei, das Gesetz hier deutlicher abzufassen. Ich glaubte daher in dem §. 1101 zugleich die Bestimmung des Hofdekretes vom 5. November 1819 in einer solchen Art aufnehmen zu müssen, daß über den eigentlichen Sinn dieser beiden Gesetze nicht leicht ein Zweifel entstehen könne.

c) Eine weitere Frage entsteht aus dem Hofdekrete vom 5. November 1819, ob dem Vermiether nebst dem Rechte die Fahrnisse des Miethers beschreiben zu lassen, auch das Recht zustehe, die Transferirung derselben zu verlangen? Das gedachte Hofdekret redet zwar nur von einer Beschreibung, ohne einer Transferirung ausdrücklich zu erwähnen. Es bezieht sich auch dabei nur auf die §§. 340—342 der G. O., welche von einer solchen Transferirung nichts enthalten, indem erst der §. 343 der G. O. von der Transferirung spricht. Allein da eben dieser §. 343 die Transferirung als eine unmittelbare Folge der gerichtlichen Pfändung behandelt, so hat die Meinung Derjenigen, welche dafürhalten, daß auf Begehren des Vermiethers auch die Transferirung der Fahrnisse des Miethers zu bewilligen sei, sehr Vieles für sich, und zwar um so mehr, als selbst einzelne Entscheidungen des obersten Gerichtshofes sich zur Begründung dieser Meinung anführen lassen.

Allein der Verfasser muß aufrichtig gestehen, daß er sich von der Richtigkeit dieser letzteren Meinung zu überzeugen bisher nicht im Stande war.

Das Hofdekret vom 5. November 1819 bezwecket nach seiner Ueberzeugung nur die möglichste Sicherstellung eines dem Vermiether schon aus dem Gesetze selbst zustehenden Pfandrechtes. Durch die Beschreibung wird daher die Natur eines gesetzlichen Pfandrechtes nicht aufgehoben, und das gesetzliche Pfandrecht nicht in ein gerichtliches umgeändert. Daß es aber zur Wesenheit des Pfandrechtes nicht gehöre, daß das Pfandobjekt aus der Inhabung des Pfandverpflichteten entzogen wird, beweiset selbst der §. 342 d. G. O., welcher erklärt, daß der Kläger schon durch die Beschreibung der gepfändeten Güter ein wirkliches Pfandrecht auf

*) Hofkanzleidekret vom 13. August 1826, kundgemacht durch Circulare des mailänd. Guberniums vom 2. Mai 1826 und des venetianischen Guberniums vom 2. Mai 1826.

selbe erlange. Die Transferirung der gerichtlich gepfändeten Güter ist schon ein wirklicher Exekutionsakt, die im Hofdekrete vom 5. November 1819 ist aber noch keine Exekution. Dieses Hofdekret schreibt nicht vor, daß die Klage des Vermiethers mit besondern Erforderniſſen versehen sein müſſe, und somit kann auch über eine ganz unbelegte, mit keinen Beweismitteln unterstützte Klage die Beschreibung der Fahrniſſe des Miethers angesucht und bewilliget werden. Sollte nun über eine solche ganz unbelegte Klage auch sogleich die Transferirung der Fahrniſſe des Miethers Platz greifen? Selbst in Wechselsachen, welche ihrer Natur nach die prompteste Exekution nach sich ziehen müſſen, kann eine solche Transferirung nicht bewilliget werden, wenn der Wechselgläubiger dem Richter nicht durch den Protest nachweiset, daß er die Zahlung fruchtlos gefordert habe, und auch dann geht ein solches Exekutionsverfahren einer Zahlungsauflage binnen 24 Stunden voraus. Soll nun der Miether allein verurtheilt sein, sich die Effekten aus seiner Wohnung tragen zu laſſen, ehe er noch ein Wort über die Klage sprechen, ehe er noch die Quittung über den bezahlten Zins dem Richter produziren konnte?

Der Wechselschuldner, der gegen die ihm binnen 24 Stunden zu zahlen auferlegte Wechselforderung Einwendungen zu haben glaubt, kann sich von einer solchen Transferirung seiner Effekten wenigstens dadurch befreien, daß er den Betrag einstweilen zu Gerichtshanden erlegt.

Wird aber in Beziehung auf den Miether die Transferirung seiner in die Wohnung eingebrachten Fahrniſſe als eine unmittelbare Folge des gesetzlichen Pfandrechtes angesehen, so scheint sich der Miether nicht einmal durch Depositirung des in der Klage angetragenen Zinsbetrages von dieser Transferirung, wenn der chicanöse Vermiether deſſen ungeachtet darauf dringt, befreien zu können.

Denn eben wie in diesem Falle der Miether den geforderten Betrag aus der Ursache gerichtlich erlegt, weil er ihn zu bezahlen nicht schuldig zu sein behauptet, so kann diese Depositirung die Stelle der Zahlung nicht vertreten. Nun hört aber nach §. 469 das Pfandrecht nur durch Tilgung der Schuld auf.

Die Depositirung benimmt daher dem Kläger das ihm auf die Einrichtungsstücke des Miethers gebührende gesetzliche Pfandrecht nicht. Ist daher die Transferirung eine unmittelbare Folge des Pfandrechtes, so kann der Miether derselben auch durch die Depositirung nicht entgehen.

Es möge übrigens die Transferirung im Sinne des Gesetzgebers gelegen sein oder nicht, so halte ich zur Vermeidung irriger Entscheidungen einer so praktisch wichtigen Angelegenheit für nöthig, daß sich dießfalls das Gesetz deutlich ausspreche; da sich aber die Ueberzeugung des Verfaſſers

für die Verneinung oben gestellter Frage ausspricht, so mußte er auch auf die entworfene Textirung des §. 1101 antragen.

Nach diesen Bemerkungen hätte daher der §. 1101 d. b. G. B. so zu lauten:

„Zur Sicherstellung des Mieth- oder Pachtzinses hat der Vermiether einer Wohnung das Pfandrecht auf die eingebrachten dem Miether oder Aftermiether eigenthümlichen oder von einem Dritten anvertrauten (§. 367) Einrichtungsstücke und Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage noch darin befindlich sind, vorausgesetzt, daß der Vermiether von dem, dem Dritten hierauf zustehenden Rechte zur Zeit der Einbringung keine Kenntniß hatte."

„Der Aftermiether haftet aber nach Maß seines Miethzinses, doch ohne die Einwendung einer dem Hauptmiether geleisteten Vorauszahlung entgegensetzen zu können. Dem Verpächter einer Sache hingegen steht das Pfandrecht auf das auf dem Pachtgute vorhandene Vieh, auf die Wirthschafts- und andere zur verpachteten Sache gehörigen Geräthschaften und die darauf befindlichen Früchte zu; dem Bestandgeber steht auch das Recht zu mit der Klage auf Entrichtung des Bestandzinses, oder nach Anbringung derselben die Beschreibung der in dessen Innehabung befindlichen Fahrnisse, in Ansehung welcher ihm zufolge obiger Bestimmung das Pfandrecht schon aus dem Gesetze gebührt zu verlangen. Die Transferirung kann er nur dann ansprechen, wenn die in der Gerichtsordnung vorgezeichneten Erfordernisse vorhanden sind."

XXX.

In Ansehung des §. 1105 entsteht die Frage, was in dem Falle Rechtens sei, wenn das Pachtgut auf zwei oder mehrere Jahre gepachtet ist und in jedem dieser mehreren Jahre solche außerordentliche Zufälle eintreten, daß der Pächter in keinem Jahre die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages bezieht. Nach den Buchstaben dieses §. muß diese Frage dahin beantwortet werden, daß er auf einen Erlaß an dem Pachtzinse keinen Anspruch zu machen habe. Als Grund der im §. 1105 in Betreff der Pachtungen ausgesprochenen Anordnung führt v. Zeiller in seinem Kom-

mentare an, daß der Abgang oder die Unfruchtbarkeit in einem Jahre durch die Fruchtbarkeit der übrigen Jahre ersetzt werde, welcher Fall hier offenbar nicht vorhanden ist. Soll der Pächter, der durch diese mehrere Pachtjahre solche Unglücksfälle zu bestehen hat, weniger begünstigt sein, als jener, der nur während der Pachtung eines einzigen Jahres einen solchen Unglücksfall erduldet?

Es ist allerdings anzunehmen, daß die mindere Fruchtbarkeit eines Jahres durch die vermehrte Fruchtbarkeit des andern Jahres wieder aufgewogen werde, und eben deßhalb ist es auch ganz konsequent, und bei einer Pachtung auch ganz in der Ordnung, daß nicht wegen jedes durch einen Zufall sich ereigneten Entganges der Nutzungen dem Pächter ein Theil des Pachtzinses erlassen wird. Treten aber solche Unglücksfälle ein, welche die Erträgnisse des Gutes so sehr herabbringen, daß dieselben nicht mehr die Hälfte dessen betragen, was gewöhnlich aus der Benutzung des Grundes erzielet wird, so dürfte es nicht unbillig sein, dem Pächter einen verhältnißmäßigen Theil des Pachtzinses zu erlassen, wenn auch das Gut auf mehrere Jahre verpachtet wäre. Man kann doch nicht annehmen, daß, wenn die Erträgnisse des Gutes sich in einem Jahre durch außerordentliche Unglücksfälle so gemindert haben, daß sie nicht einmal die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages betrugen, selbe in dem künftigen Jahre sich so vermehren, daß dieser Nachtheil dadurch wieder gänzlich aufgehoben würde Aus diesem Grunde trage ich darauf an, die Worte in dem §. **1105**, „nur auf ein Jahr gepachteten Gutes" wegzulassen.

XXXI.

Da der Eingang des **§. 1106** von einem Bestandnehmer redet, worunter sowohl Miether als Verpächter verstanden werden müssen, so dürfte es wohl auch am Schlusse desselben nicht „Pachtstück," sondern „Bestandstück" heißen, und zwar um so mehr, als hier kein Grund erkennbar ist, warum hier zwischen Miethungen und Pachtungen ein Unterschied gemacht werden soll.

Uebrigens unterliegt der Schlußsatz des obenbezogenen §. gleichfalls einer verschiedenen Auslegung und macht eine nähere Erklärung wünschenswerth.

Hofrath v. Zeiller und Regierungsrath v. Scheidlein deuten nämlich den Schlußsatz: „Verbindet er sich aber ausdrücklich, auch alle andern außerordentlichen Unglücksfälle zu tragen, so wird deßwegen noch nicht vermuthet, daß er auch für den zufälligen Untergang des ganzen Pachtstückes haften wolle," dahin, daß der Gesetzgeber hier sagen wollte: „Ver-

bindet sich der Bestandnehmer aber ausdrücklich, auch alle andern Unglücksfälle zu tragen," so ist darunter nur die Verzichtleistung auf einen Erlaß des Bestandzinses zu verstehen; keineswegs aber kann man vermuthen, daß sich der Bestandnehmer auch zum Ersatze des Verlustes, den der Eigenthümer selbst durch Untergang des Bestandes leidet, verpflichtet habe. Allein bei dieser Auslegung geräth man in Verlegenheit, wie man den Ausdruck „des ganzen Pachtstückes" zu deuten habe; denn gewiß wird man nicht geneigt sein, anzunehmen, daß man mit dem Ausdrucke „die Bestandnehmer nehmen alle Gefahren ohne Ausnahme auf sich," auch den Sinn zu verbinden habe, daß, wenn nur ein Theil des Bestandstückes zerstört werden sollte, der Bestandnehmer diesen Theil dem Bestandgeber zu ersetzen sich verpflichtete.

Der Verfasser hat von dem eigentlichen Sinne dieser Gesetzstelle folgende Ansicht.

Der §. **1104** ordnet an, daß, wenn eine in Bestand genommene Sache wegen außerordentlichen Zufällen, als: Feuer, Krieg oder Seuchen, wegen großen Ueberschwemmungen, Wetterschlägen oder wegen gänzlichen Mißwachs gar nicht gebraucht werden kann, auch kein Mieth- oder Pachtzins zu entrichten sei. Dieser §. setzt dabei voraus, daß das Bestandstück nicht ganz zu Grunde gehe; denn geht das Bestandstück ganz zu Grunde, so löst sich nach §. **1112** dadurch der Bestandbetrag von selbst auf, und kann also von einem Erlasse des Bestandzinses, der die Fortdauer des Bestandvertrages voraussetzt, keine Rede sein. Der weitere §. **1105** spricht aus, was Rechtens ist, wenn der Gebrauch des Bestandstückes aus einer der hier oberwähnten Ursachen nur zum Theile entzogen wird. Beide §§. sprechen übrigens nur von dem Falle, wenn die Parteien in dem Vertrage für solche Unglücksfälle keine besondere Bestimmung festgesetzt haben.

Der §. **1106** spricht nur von dem Falle, als die Parteien in dem Vertrage wirklich von dergleichen Unglücksfällen eine Erwähnung gemacht haben, und beantwortet zuerst die Frage, was Rechtens sei, wenn der Bestandnehmer unbestimmt alle Gefahren auf sich genommen hat, dahin, daß darunter nur die Feuer-, Wasserschäden und Wetterschläge verstanden werden, und daß sohin in einem solchen Falle der Bestandnehmer keinen Erlaß am Bestandzinse ansprechen könne, wenn wegen diesen Elementarzufällen die in Bestand genommene Sache durch einige Zeit entweder gar nicht gebraucht werden kann, oder der zeitweise Gebrauch wenigstens zum Theile entzogen wird. Wird aber der Gebrauch des Bestandstückes wegen Krieg, Seuchen oder Mißwachs ganz oder zum Theile entzogen, so soll er, ungeachtet er unbestimmt alle Gefahren auf sich ge-

nommen hat, doch auf einen Erlaß des Bestandzinses Anspruch haben. Ferner fährt er fort, daß, wenn sich der Bestandnehmer ausdrücklich verbindet, außer den Feuer-, Wasserschäden und Wetterschlägen auch alle Unglücksfälle zu tragen, er zwar auch keinen Anspruch auf Erlaß des Bestandzinses machen könne, wenn der Gebrauch der Sache durch Krieg, Seuche oder Mißwachs ganz oder theilweise entzogen wird; jedoch könne sich diese Verzichtleistung nicht dahin ausdehnen, daß dieses auch für den Fall gelte, als dadurch das ganze Bestandstück zufällig zu Grunde ginge, in welchem Falle nach §. **1112** der Bestandvertrag sich auflöset, und es sich daher nicht um einen Erlaß von Bestandzinsen handelt, und sohin auch nicht angenommen werden kann, daß er fortan durch die ganze bedungene Bestandzeit einen Bestandzins bezahlen wolle. Diese Auslegung scheint nach §. **6** aus der eigentlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers herauszuleuchten.

Aus dieser Betrachtung erklärt sich die nachfolgende Modifikation in Stilisirung des §. **1106**.

„Hat der Bestandnehmer unbestimmt alle Gefahren auf sich genommen, so werden darunter nur die Feuer-, Wasserschäden und Wetterschläge verstanden, — andere außerordentliche Unglücksfälle kommen nicht auf seine Gefahr. Verbindet er sich aber ausdrücklich auch alle anderen Unglücksfälle zu tragen, so wird deßwegen noch nicht vermuthet, daß darunter auch der zufällige Untergang des ganzen Bestandstückes verstanden sei.“

XXXII.

Der §. **1158** sagt: „Im Zweifel, ob die Bestellung einer Arbeit für einen Kauf oder für einen Lohnvertrag zu halten sei, wird vermuthet, daß derjenige, der den Stoff dazu liefert, den Arbeiter bestellt habe. Hat aber der Arbeiter den Stoff geliefert, so wird ein Kauf vermuthet.

Bei dieser gesetzlichen Anordnung dringt sich die Frage auf, was Rechtens sei, wenn über die Thatsache selbst, ob der Besteller oder der Arbeiter den Stoff geliefert habe, ein Streit entsteht. — Setze man z. B. ein Schneider verfertigt für Jemand Kleider, und nun behauptet der Schneider, daß er das Tuch zu diesen Kleidungsstücken geliefert habe, während der, dem die Kleider verfertigt wurden, angibt, daß er das Tuch zu diesen Kleidungsstücken hergegeben habe? Wer hat nun in diesem Falle den Beweis zu liefern?

Der Verfasser glaubt, daß hier die Gesetzgebung gleichfalls eine Vermuthung aussprechen soll, und trägt somit darauf an, festzusetzen, daß für denjenigen, der die Arbeit liefert, auch die Vermuthung streite, daß er den zur Arbeit nöthigen Stoff geliefert habe.

Daher wäre zu dem §. **1158** b. G. B. folgender Zusatz zu machen:

„**Bei vorhandenem Zweifel aber, wer den Stoff geliefert hat, wird vermuthet, daß der Arbeiter denselben hergegeben habe.**"

XXXIII.

Der §. **1223** ordnet an, daß wenn eine Tochter ihr Heirathsgut schon erhalten und es, obschon ohne ihr Verschulden, verloren hat, sie doch nicht mehr, selbst nicht in dem Falle einer zweiten Ehe, berechtigt sei, ein neues zu fordern.

In dem Falle als die Vermögens-Umstände der Eltern sich in der Zwischenzeit nicht bedeutend geändert haben, ist diese Vorschrift ohne allen Zweifel gerecht und billig. Denn haben die Eltern ihre Verpflichtung, ihrer Tochter ein angemessenes Heirathsgut zu geben, bereits erfüllt, so ist kein Grund vorhanden, warum sie zu einer nochmaligen Erfüllung dieser Verbindlichkeit verhalten werden sollen, wenn das Heirathsgut, obgleich ohne Verschulden der Tochter, in Verlust gerathen ist; denn der Zufall trifft denjenigen, in dessen Person oder Vermögen er sich ereignet hat. Setzen wir aber den Fall, daß die Eltern zur Zeit, als sich die Tochter das erste Mal verehlichte, in mißlichen Vermögens-Umständen sich befanden, daß sich dieselben aber zur Zeit, als die Tochter sich zum zweiten Male wieder verehlichte, bedeutend gehoben hatten; warum soll hier die Tochter nicht neuerdings ein solches Heirathsgut in Anspruch nehmen können, welches den gegenwärtigen Verhältnissen des Vermögensstandes ihrer Eltern, mit Rücksichtnahme auf das schon erhaltene Heirathsgut angemessen ist? Haben die Eltern zur Zeit der ersten Verehlichung ihrer Tochter dieser aus Mangel eines Vermögens gar kein Heirathsgut geben können, und sind sie zur Zeit der zweiten Verehlichung derselben zu Vermögen gelangt, so kann kein Zweifel obwalten, daß sie derselben bei ihrer zweiten Verehlichung ein Heirathsgut zu geben verpflichtet sind. Warum soll nun die zum zweitenmal sich verehlichende Tochter, welche zur Zeit ihrer ersten Verehlichung nur ein kleines, den damaligen mißlichen Vermögensumständen ihrer Eltern angemessenes Heirathsgut bereits empfangen hat, bei den gegenwärtigen günstigen Vermögens-Verhältnissen auf einen solchen Nachtrag keinen solchen Anspruch machen

können, daß derselbe mit Hinzuschlagung des schon früher erhaltenen Heirathsgutes als ein den damaligen Vermögens = Umständen angemessenes angesehen werden kann? Diese Betrachtung bestimmt den Verfasser auf folgenden Zusatz zu dem §. 1223 b. G. B. anzutragen:

„Ausgenommen sie hätte bei ihrer ersten Verehlichung ein den damaligen Vermögens = Verhältnissen der Eltern angemessenes Heirathsgut nicht erhalten, in welchem Falle sie einen verhältnißmäßigen Nachtrag anzusprechen berechtigt ist."

XXXIV.

Die Erklärung, welche das Gesetzbuch von einer Widerlage gibt, gab schon zur Behauptung Veranlassung, daß die Widerlage die Natur des Heirathsgutes annehme, und sohin auch in Konkursfällen ohne Unterschied, ob sie den Betrag des Heirathsgutes übersteige oder nicht, in die dritte Klasse versetzt werden müsse. Gewiß scheint es zu sein, daß die Verfasser der Konkursordnung bei der Anordnung, daß das Eheweib des Verschuldeten in Rücksicht der verschriebenen Widerlage, so weit dieß den Betrag des wirklich abgeführten Heirathsgutes nicht überschreitet, ganz einen andern Begriff der Widerlage vor Augen hatten, als gegenwärtig durch das neue Gesetzbuch aufgestellt ist. Auch gibt die hier aufgestellte Erklärung der Widerlage zu dem Zweifel gegründete Veranlassung, ob es eine Widerlage ohne Heirathsgut geben könne, und ob sohin derjenige Betrag, den der Ehegatte oder Bräutigam seinem Weibe oder seiner Braut ohne bedungenes Heirathsgut als Widerlage aussetzt, nach dem Ausspruche des §. 1230 behandelt werden könne und solle? In der Ueberzeugung, daß gerade in dem Versuche der Definition einer Widerlage, deren Begriff durch die Gewohnheit sehr schwankend geworden ist, und keinen sichern gesetzlichen Ursprung hat, auf der einen Seite mehrere für die Praxis nachtheilige Zweifelsnoten geknüpft werden, ohne daß auf der andern Seite ein praktischer Gewinn aus derselben hervorgehen dürfte, glaubt der Verfasser, daß es vortheilhafter wäre, wenn diese Begriffsbestimmung ganz beseitigt würde.

Auch entsteht aus dem Ausdrucke, daß die Gattin nach dem Tode des Mannes das freie Eigenthum der Widerlage gebühre, die Frage, ob der Ehegattin durch die bloße Verschreibung der Widerlage besonders, wenn die Ehepakten auf die zur Widerlage verschriebene Realität grundbücherlich einverleibt worden sind, schon das mit dem Fruchtgenuße des Ehegatten beschränkte Eigenthum auf dieselbe zustehe, oder ihr nur den Anspruch auf das freie Eigenthum derselben zukomme? Verfasser glaubt,

daß nur das letztere der Fall sei, weil nur das Eigenthum beweglicher Sachen zu erlangen, selbe auf eine gesetzliche Art (§§. 426—428) wirklich übergeben müssen, und zur Erwerbung des Eigenthums unbeweglicher Sachen die Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes eigens zu dem Zwecke der Besitzanschreibung angesucht und erwirkt werden muß, daher die bloße Eintragung der Ehepakten und Sicherstellung der darin von dem einen Ehegatten dem andern eingeräumten Rechte noch kein eigentliches Eigenthumsrecht der Ehegattin erwirken kann. Dadurch dürfte die auf folgende Art angetragene Abänderung und Textirung des §. 1230 gerechtfertigt sein:

„Von der der Braut von dem Bräutigam oder einem Dritten ausgesetzten Widerlage gebührt zwar der Ehegattin während der Ehe kein Genuß; allein wenn sie den Mann überlebt, gebührt ihr auch ohne besondere Uebereinkunft der Anspruch auf das freie Eigenthum, obgleich dem Mann auf den Fall seines Ueberlebens das Heirathsgut nicht verschrieben worden ist."

XXXV.

Aus dem §. 1252 ist die Streitfrage schon mehrmal zur Sprache gekommen, welche Rechtswirkung denn eigentlich ein in den öffentlichen Büchern einverleibter Erbvertrag habe? Daß dadurch der Vertragserbe den Verlassenschaftsgläubigern den Vorsprung nicht abgewinnen könne, wie schon öffentlich behauptet worden ist, ist wohl klar, indem der Vertragserbe kein anderes Recht, als jeder andere Erbe, nämlich die Verlassenschaft des einen Theils in Besitz zu nehmen, erlangt. Diese besteht aber in den Rechten und Verbindlichkeiten des Erblassers; es hat also der Erbe alle Verlassenschaftsgläubiger zu befriedigen, und nur der reine Nachlaß kömmt ihm zu Guten. Die Einverleibung kann aber das ursprüngliche Recht nicht ändern, sondern nur sicherstellen und befestigen.

Einige sind der Meinung, die Wirkung der Einverleibung des Erbvertrages sei, daß das Gut, auf welches die Einverleibung geschehen ist, dem Vertragserben vorzüglich vorbehalten bleibe, und die Verlassenschafts-Gläubiger und Miterben, in so weit es nur immer möglich ist, ihre Befriedigung aus der übrigen Verlassenschaft suchen und erhalten müssen. Allein gegen diese Ansicht muß bemerkt werden, daß der Zweck der Einverleibung eines Rechtes auf ein unbewegliches Gut nur die Sicherstellung und Befestigung desselben, keineswegs aber die Abänderung der Natur dieses Rechtes sein könne. Nun besteht aber die Natur des Erbrechtes darin

daß der Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintrete, es können daher durch die Einverleibung des Erbvertrags die Rechte der Gläubiger, die ihnen auf das Vermögen des Erblassers zugestanden sind, keine Beschränkung erleiden. Da nun jeder Schuldner mit seinem ganzen Vermögen für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten haftet, und daher die Gläubiger das Recht hätten, alle Theile des Vermögens des Erblassers zu ihrer Befriedigung zu verwenden; so kann auch die Einverleibung des Erbvertrages die Folge nicht nach sich ziehen, die Gläubiger ihrer Befriedigung wegen auf bestimmte Theile der Verlassenschaft zu beschränken.

Unbedenklich könnte übrigens dem Erbvertrage, wenn er grundbücherlich einverleibt ist, die Wirkung zugestanden werden, daß sich mit einzelnen Summen bedachte Legatare oder die Miterben vorerst an das übrige Verlassenschaftsvermögen zu halten haben, und der Erbe ihnen mit dem Gute, worauf die Einverleibung des Erbvertrages geschehen ist, nur im Subsidium hafte.

Denn den Legatar kann der Erblasser wohl beschränken, aber keineswegs seinen Gläubiger. Da nun der Einverleibung eines Erbvertrages doch eine Wirkung zukommen muß, weil der §. **1252** sich dahin ausdrückt, daß das Recht, das daraus entsteht, den Tod des Erblassers voraussetzt, so wird es auch für räthlich erachtet, daß der Gesetzgeber hier sich ausdrücklich ausspreche, welches Recht eigentlich aus der Einverleibung eines Erbvertrages entstehe.

Es wären daher am Schlusse des §. **1252** b. G. B. noch folgende Worte zu setzen:

„Ueberhaupt hat die Einverleibung eines Erbvertrages keine andere Wirkung, als daß die allenfälligen mit einzelnen Summen bedachten Vermächtnißnehmer oder Miterben, nur dann auf selbes greifen können, wenn das übrige Verlassenschafts-Vermögen zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht."

XXXVI.

Der §. **1260** verfügt, daß, wenn über das Vermögen des Mannes bei seinen Lebzeiten der Concurs eröffnet wird, die Ehegattin zwar noch nicht die Zurückstellung des Heirathsgutes und die Herausgabe der Widerlage, sondern die Sicherstellung für den Fall der Auflösung der Ehe gegen die Gläubiger verlangen könne. Es kann wohl kein gegründeter Zweifel gegen die Behauptung erhoben werden, daß die Ehegattin diese Sicherstellung gegen die Gläubiger nur insofern anzusprechen berechtigt

sei, als sie in Folge des Klassifikationsurtheiles und der auf dem Grunde desselben verfaßten Masse-Repartition zur Zahlung gelangen würde. Zur Vermeidung jedes Mißverständnisses hält der Verfasser aber doch für räthlich, dieses in dem §. 1260 bemerkbar zu machen.

Daher dürfte der §. 1260 auf folgende Art lauten:

„Wenn über das Vermögen des Mannes bei seinen Lebzeiten ein Konkurs eröffnet wird, so kann die Ehegattin zwar noch nicht die Zurückstellung des Heirathsgutes und die Herausgabe der Widerlage, sondern nur die Sicherstellung desjenigen Betrages, der bei der Massavertheilung für sie entfällt, für den Fall der Auflösung der Ehe gegen die Gläubiger verlangen. Sie ist übrigens berechtiget, von Zeit der Konkurseröffnung den Genuß des witiblichen Unterhaltes, und wenn keiner bedungen ist, den Genuß des Heirathsgutes in dem obberührten Maße anzusprechen. Dieser Anspruch auf den einen oder andern Genuß hat aber nicht statt, wenn erwiesen wird, daß die Ehegattin an dem Verfalle der Vermögens-Umstände des Mannes Ursache sei."

XXXVII.

Der §. 1282 b. G. B. spricht sich dahin aus, daß die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer sich ihrer Befriedigung wegen sowol an den Käufer der Erbschaft, als an den Erben selbst halten können, und daß ihre Rechte, so wie jene der Erbschaftsschuldner durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert werden, und die Erbschaftsantretung auch für den andern gelte. Wenn man bei dem buchstäblichen Inhalte dieses §. stehen bleibt, so scheinen sich dagegen mehrere Bedenklichkeiten zu erregen, und zwar:

a) das Prinzip, das dieser gesetzlichen Anordnung zu Grunde liegt, liegt offenbar in dem §. 881 ausgesprochenen Grundsatze, daß ein zwischen zwei Personen geschlossener Vertrag einem Dritten nicht zum Abbruch gereichen könne. Aus diesem scheint nun mit Recht gefolgert werden zu dürfen, daß der Eingang des allegirten §. nur für den Fall gelten könne, wenn der Erbe die Erbschaft, nachdem er sie bereits angetreten hat, veräußerte: denn vor der Antretung der Erbschaft hatten die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer kein Recht, den berufenen Erben um ihre Befriedigung anzugehen (§§. 547 und 811), sie können daher auch nach dem Erbschaftskauf kein Recht gegen den verkaufenden Erben erlan-

gen, welches ihnen nicht früher gegen denselben zugestanden ist. — Daß aber auch eine bloß angefallene und noch nicht angetretene Erbschaft veräußert werden könne, unterliegt nach §. 1278 keinem Zweifel.

b) Hat aber der berufene Erbe die Erbschaft bereits angetreten, und sie erst dann veräußert, so glaubt der Verfasser, daß ein Unterschied gemacht werden müsse, ob er sie mit Vorbehalt der Rechtswohlthat der Inventur angetreten habe, oder nicht. Im letzten Falle muß, da nach §. 806 die unbedingte Erbserklärung nicht mehr abgeändert werden kann, der Käufer der Erbschaft sich auch die Wirkung derselben, nämlich die Haftung für alle Forderungen der Gläubiger und der Legatare aus eigenem Vermögen gefallen lassen, und der Verkäufer der Erbschaft kann diese durch die unbedingte Erbserklärung gegen die Gläubiger und Vermächtnißnehmer übernommenen Verbindlichkeit zu ihrem Nachtheile nicht mehr zurücknehmen. Hat aber der berufene Erbe die Erbschaft nur bedingt angetreten, und der Erbschaftskäufer hat nach der Hand erklärt, daß er die Erbschaft unbedingt antreten wolle, so scheint es mir dem der Anordnung des §. 1282 zu Grunde liegenden Prinzip nicht zuzusagen, daß durch die einseitige Handlung des Erbschaftskäufers, wodurch nur er sich stillschweigend erklärte, für die Forderungen der Gläubiger und Legatare selbst für den Fall haften zu wollen, als die Verlassenschaft zu ihrer Befriedigung nicht hinreichte, die gefährlichen Folgen der unbedingten Erbserklärung auf den Erbschafts-Verkäufer zurückgewälzt werden. — Die Gläubiger und Vermächtnißnehmer können sich unmöglich beschwert fühlen, wenn sie gegen den berufenen Erben kein anderes Recht in Ausübung bringen können, als welches ihnen von dem Verkaufe der Erbschaft gegen denselben zugestanden ist, sie erscheinen ohnehin schon dadurch begünstigt genug, daß sie nun zwei Personen vor sich haben, an die sie sich halten können, und daß der Erbschaftskäufer durch seine unbedingte Erbserklärung die Last der Haftung auf sich genommen hat, und zwar um so mehr, als für den Fall, als sie, wenn sie besorgen, daß durch die Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erbschaftskäufers für sie ein Nachtheil entspringen könnte, das ihnen im §. 812 eingeräumte Separations-Recht in Ausübung bringen können.

c) Durch den Verkauf einer bereits angetretenen Erbschaft geschieht eigentlich eine Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten zwischen Schuldnern und Gläubigern. Der berufene Erbe tritt einerseits dadurch dem Erbschaftskäufer alle Aktivforderungen der Verlassenschaft ab, und in dieser Beziehung erscheint dieser Erbschaftskauf als ein Cessionsgeschäft, anderseits weiset er die Forderungen der Erbschaftsgläubiger und Legatare dem Käufer zur Bezahlung zu, und in dieser Hinsicht erscheint der Erb-

schaftskauf als eine Assignation. Aus dieser Bemerkung scheint gefolgert werden zu müssen, daß die Erbschaftsschuldner nur in solange den berufenen Erben gültige Zahlung leisten können, als ihnen der Erbschaftskauf nicht von dem einen oder andern Theile schon bekannt gemacht wurde; ist ihnen aber dieser Erbschaftskauf bekannt gemacht worden, so können sie den berufenen Erben die Zahlung nicht mehr abtragen. (§§. 1395 und 1396.) Aus einem gleichen Grunde kann aber auch den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißgebern nicht ganz unbeschränkt das Recht zugesprochen werden, sich wegen ihrer Befriedigung an den Käufer der Erbschaft zu wenden, sondern dieses scheint nur dann der Fall zu sein, wenn sie von dem Käufer oder Verkäufer der Erbschaft von dem Kaufgeschäfte zu dem Ende in Kenntniß gesetzt wurden, daß sie sich nunmehr ihrer Befriedigung wegen an den Käufer der Erbschaft wenden können; denn der §. 1420 sagt, daß eine Assignation nur für jene Theile wirksam sei, die mit einander einverstanden sind.

d) Auch der Schlußsatz des gegenwärtigen §., daß die Erbschaftsantretung des Einen auch für den Andern gelte, scheint nur dahin gedeutet werden zu müssen, daß unter dem Ausdruck „des Einen" der „Verkäufer" und unter „dem Andern" der „Käufer" zu verstehen sei; denn würde man diese Worte dahin deuten, daß die Erbschaftsantretung des Verkäufers auch für den Käufer und umgekehrt die des Käufers für den Verkäufer gelte, so würde daraus nothwendig folgen, daß in den Fällen, wo nämlich der Erbschaftsverkäufer die Erbschaft gar nicht oder nur bedingt angetreten hätte, während der Erbschaftskäufer eine unbedingte Erbserklärung überreicht, auch die Rechte der Verlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer gegen den ursprünglichen Erben eine zu ihren Gunsten bedeutende Veränderung erleiden, was mit dem Vordersatze, daß ihre Rechte durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert werden, nicht im Einklage stünde.

Es wäre daher im §. 1282 folgende Bestimmung aufzunehmen:

„Die Erbschaftsgläubiger oder Vermächtnißnehmer aber können sich ihrer Befriedigung wegen sowohl an den Käufer der Erbschaft, als an den Erben selbst, insofern er sich bereits erbserklärt hat, nach Maßgabe seiner Erbserklärung halten. Ihre Rechte, so wie jene der Erbschaftschuldner, werden dadurch nicht geändert, jedoch können diese letzteren, sobald sie vom Erbschaftskauf in Kenntniß gesetzt worden sind, dem Erbschaftsverkäufer keine Zahlung mehr leisten (§. 1395). Die Erbschaftsantretung des Verkäufers gilt auch für den Käufer."

XXXVIII.

Der §. 1285 spricht sich dahin aus, daß die Leibrente in allen Fällen mit dem Leben desjenigen, auf dessen Kopf sie beruht, ihr Ende erreicht. Diese gesetzliche Bestimmung scheint es wünschenswerth zu machen, daß die Rechtsfolge beigefügt werde, welche die Auflösung des Leibrenten-Vertrages in dem Falle nach sich zieht, wenn derjenige, der die Leibrente zu entrichten hat, an dem Tode desjenigen, von dessen Leben die Dauer der Entrichtung abhängig ist, eigene vorsätzliche Schuld trägt, besonders wenn die Dauer der Leibrente von dem Tode eines Dritten abhängig gemacht wurde. Soll sich hier der Verpflichtete durch das an diesem Dritten verübte Verbrechen des Mordes von seiner Verpflichtung ohne alle widrige Rechtsfolge für sich oder seinen Erben befreien können?

Das preußische Landrecht enthält dießfalls folgende Bestimmungen, deren Aufnahme auch in das österr. Gesetzbuch unter bestimmten Modifikationen nur erwünschlich erscheinen. Nämlich I. Th. XI. Tit.

§. 622. Hat jedoch der Verkäufer (der Leibrente) den Tod des Käufers oder des Dritten vorsätzlich veranlaßt, so muß der für die Leibrente gegebene Werth zurückgegeben werden.

§. 622. Der Verkäufer kann daher die bis dahin gezahlten Leibrenten, auch in so weit, als dieselben den gesetzmäßigen Zinsfuß übersteigen, nicht abziehen.

§. 626. Ist die Dauer der Leibrente auf das Leben des Verkäufers bestimmt, und dieser verliert dasselbe durch Selbstmord oder verwirkte Todesstrafe; so kann der Verkäufer den Vertrag wieder aufheben und sein Kapitel zurückzuforbern.

§. 627. Er muß sich aber darauf Alles anrechnen lassen, was er durch die genossene Leibrente über den Betrag der landesüblichen Zinsen seines Kapitals erhalten hat.

§. 629. Die Berechnung muß aber so angelegt sein, daß das über die landesüblichen Zinsen bezahlte, in jedem Jahre von dem Kapitale abgerechnet, und in folgenden die landesübliche Verzinsung nur von dem hiernach verbleibenden Ueberreste des Kapitals in Anschlag gebracht wird.

§. 630. Wird nach dieser Berechnung das Kapital ganz erschöpft, so hat es dabei sein Bewenden, und der Käufer der Leibrente, oder dessen Erben können in keinem Falle angehalten werden, etwas an den Verkäufer oder dessen Erben herauszugeben.

Deßhalb wünschte ich, daß dem §. 1285 nachfolgende Bestimmung beigerückt werde:

„Hat jedoch Derjenige, der die Leibrente zu leisten hat, den Tod des Beziehers derselben oder des Dritten vorsätzlich veranlaßt, so muß der für die Leibrente gegebene Werth zurückgegeben werden. Ist die Dauer der Leibrente auf das Leben des Verleihers beschränkt, und dieser verliert dasselbe durch Selbstmord oder verwirkte Todesstrafe, so kann der andere Theil den Vertrag wieder aufheben und sein Kapital zurückfordern. In beiden Fällen muß sich aber der Bezieher der Leibrente oder dessen Erben Alles anrechnen lassen, was Erster durch die genossene Leibrente über den Betrag der landesüblichen Zinsen seines Kapitals erhalten hat. Wird das Kapital dadurch erschöpft, so hat es dabei sein Bewenden."

XXXIX.

Daß der §. 1371 ausdrücklich von dem Darleihens-Vertrag eine Erwähnung macht, ist wahrscheinlich aus dem Grunde geschehen, weil der Pfandvertrag gewöhnlich dem Darleihens-Vertrage als eine Befestigungsart desselben angeknüpft wird. Indessen ist dieses nicht nothwendig, denn es können auch Forderungen, welche aus einem andern Rechtstitel als aus einem Darlehen entstehen, durch den Pfandvertrag befestigt werden.

Nach der klaren Absicht des höchsten Gesetzgebers glaubt der Verfasser daher die entworfene Textirung des §. 1371 in Antrag bringen zu müssen. Denn da der Pfandvertrag eine gültige Forderung voraussetzt (§. 449), so können demselben keine Bedingungen beigerückt werden, welche die Wesenheit und Natur der Forderung, um deren willen er eingegangen wurde, entgegenstehen.

„Alle der Natur des Pfand- oder desjenigen Vertrages, zu dessen Befestigung der Pfandvertrag geschlossen worden ist, entgegenstehende Bedingungen oder Nebenvertäge sind ungültig. Dahin gehören u. s. w. im §. 1371."

XL.

Der §. 1397 spricht sich dahin aus, daß derjenige, welcher eine Forderung ohne Entgelt abtritt, also verschenkt, nicht weiter für dieselbe hafte. Allein von jeder Haftung hat das Gesetz auch den Geschenkgeber nicht losgesprochen, denn der §. 945 b. G. B. ordnet ausdrücklich an, daß Derjenige, der wissentlich eine fremde Sache verschenkt, und dem Geschenknehmer diesen Umstand verschweigt, für die nachtheiligen Folgen hafte.

ähnlicher Fall ist dann vorhanden, wenn jemand eine Forderung abtritt, von welcher er weiß, daß sie nicht besteht, oder uneinbringlich ist und dieses verschweigt. Setze man z. B. den Fall: Jemand trete einem Andern eine auf einen vollen Glauben verdienenden Schuldschein sich gründende Forderung ob, von dem er weiß, daß sie der Schuldner berichtigte. Der Uebernehmer sucht diese Forderung gerichtlich einzutreiben und wird in dem dießfälligen Prozesse sachfällig. Soll ihm in diesem Falle der Ueberträger nicht die Prozeßkosten zu ersetzen verbunden sein, die er durch seine Handlung veranlaßte?

Ich glaube daher, daß der Eingang des **§. 1397** so lauten sollte: „Wer eine Forderung ohne Entgelt abtritt, haftet nicht weiter für dieselbe. Nur wenn er von der Unrichtigkeit oder der gänzlichen Uneinbringlichkeit derselben Kenntniß gehabt und diesen Umstand verschwiegen hätte, haftet er so wie der Geschenkgeber in dem §. **945** berührten Falle für die nachtheiligen Folgen."

Inhalts-Verzeichniß.

Gedruckt bei Carl Ueberreuter.

In

WILHELM BRAUMÜLLER'S

K. K. HOF-BUCHHANDLUNG IN WIEN

ist zu haben:

Vollständige

BIBLIOTHECA JURIDICA.

Sammlung

der anerkannt besten Werke aus allen Zweigen der Rechtswissenschaft.

Bürgerliches Recht — Handels- und Wechselrecht — Bergrecht — Lehenrecht — Jurisdiction — Gerichts- und Concurs-Ordnung — politische Gesetzkunde — Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizei- so wie Gefällen-Uebertretung — Statistik ꝛc. ꝛc.

66 Bände, statt 143 fl.

für 30 fl. C. M.

Der Verleger offerirt hiermit seinen anerkannt schätzbaren juridischen Verlag, der **mit Recht eine Fundgrube juristischen Wissens** genannt werden kann, **zu außerordentlich herabgesetzten Preisen.** — Allerdings finden sich darunter einige Artikel, die bei den bevorstehenden Reformen nur historischen Werth behalten werden, doch sind die meisten derselben **vortreffliche und praktische Werke,** die stets gesucht bleiben müssen.

Zur praktischen Empfehlung füge ich das Inhaltsverzeichniß bei:

	Zahl der Bände.	fl.	kr.
Bergmayr, J. F., Das bürgerl. Recht der k. k. österreich. Armee u. d. Militär-Gränz-Provinzen, enthaltend: **Personenrecht**	1	2	—
Blumentritt, St., Das österreichische Strafgesetz über schwere Polizeiübertretungen	1	2	—
— — Handbuch der allg. Taxnormen, sammt Gesetzen und Declaratorien. Mit alphab. Register .	1	1	48

	Zahl der Bände.	fl.	kr.
Dolliner, Dr. Th. u. J. **Graßl,** Handbuch des Eherechtes, oder ausführl. Erläuterg. des 2. Hauptstückes des allgem. bürgerl. Gesetzbuches	5	7	30
Fränzel, Dr. M. J., Des österreich. Strafgesetzes über Gefälls-Uebertretungen allgemeiner Theil	1	—	48
Fischer, F., Lehrbuch des österr. Handelsrechtes	1	1	—
— — Die Lehre von der Streitverkündigung	1	1	—
Gritzner, M. J., Commentar der Ferdinandeischen Bergordnung vom Jahre 1553 . . .	1	2	30
Haimerl, Dr. F. H., Vorträge über den Concurs der Gläubiger nach österreich. Gesetzen	1	2	—
Hübler, G., Handbuch der Nachtrags- und Ergänzungs-Vorschriften zur Zoll- und Staats-Monopols-Ordnung	1	—	40
Jurist, der, Zeitschrift für d. Praxis des ges. österreich. Rechtes herg. v. Dr. J. Wildner, Edlen v. Maithstein (ganz vollständig)	19	57	—
Kitka, J., Beweislehre im österr. Civilprocesse	1	1	—
— — Beweislehre im österr. Criminalstrafprocesse	1	3	—
— — Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit	1	1	—
— — Beiträge zur Lehre über d. Erhebung des Thatbestandes der Verbrechen	1	2	—
— — Leitfaden für d. Kriminal-Untersuchungsrichter bei den Verhören der Beschuldigten . .	1	2	—
— — Ueber den Gerichtsgebrauch	1	1	—
Kostetzky, Dr., Theor. pract. Anleitung zur Behandlung der Erbschaftssachen	2	4	—
— — prakt. Regeln zur Auslegung und Anwendung der Civil- und politischen Gesetze . . .	1	1	—
Kraus, Dr. J. M., Lehre v. d. Ehrenkränkungen	1	1	20
Kraus-Elislago, Ritter v., Das christliche Staatsprincip	1	3	—
Kremer, Dr. J. H. v., Das Unterthansverhältniß in Oesterreich unter d. Enns nach den Gesetzen v. 1820—35	1	1	30
— — Das longobardisch-österr. Lehenrecht	2	5	—
Luzac, J., Anwendung des Strafgesetzes über Verbrechen (5 Theile in 2 Bänden)	2	3	—
Neupauer, Dr. F., Das österreich. Wechselrecht	1	1	36
Nizy, Dr. Th., Der Beweis durch den Haupteid im österreich. Civilprocesse	1	1	12
— — Ueber die Verbindlichkeit für Beweisführung im Civilprocesse	1	2	—

	Zahl der Bände.	fl.	kr.
Schnabel, Dr. G. N., General-Statistik der europ. Staaten nebst einer theoret. Einleitung . .	2	2	—
— — Das Strafgesetz über Gefällsübertretungen	1	—	45
Schuster, Dr. M., Zwei juridische Abhandlungen	1	1	20
Schwarz, J. Edlen v. Schwarzwald, Handbuch der Papierstämpel- und Tax-Vorschriften . .	1	4	—
Tausch, J., Rechtsfälle aus dem Civil- und Criminal-Rechte (3 Hefte in 1 Bande)	1	5	—
Weichselbaum, A., Das summarische Verfahren für geringfügige Rechtssachen	1	—	48
Wildner, Edler von **Maithstein**, Commentar der auf dem ungar. Reichstage 1839—40 zu Stande gek. Creditgesetze	2	6	—
Winiwarter, Edler v., Handbuch der Justiz- und politischen Gesetze und Verordnungen . . .	3	6	—
Zimmerl, J. M. C. v., Handbuch der allgemeinen Gerichts- und Concursordnung und der allgemeinen Gerichts-Instruction	2	5	40
	66	143	39

Außerdem erlaube ich mir, bei literarischem Bedarf meine Buchhandlung bestens zu empfehlen, welche schon seit Ritter v. Mösle **als die juridische** bekannt, und seit Uebernahme von der Witwe im gleichen Geiste fortgeführt wird.

Ich halte vor wie nach ein **vollständiges Lager aller in Oesterreich erschienenen juridischen Schriften** — und werde unter der jetzigen freien Bewegung auch für ein gewähltes Lager älterer und neuerer **juridischer Literatur des Auslandes** Sorge tragen, um den alten Namen der **juridischen Buchhandlung** zu bewahren.

Wilhelm Braumüller.

Gedruckt bei Anton Benko.

Druck von J. P. Sollinger's Wwe.

Nippel von Weyerheim, Franz Xaver,

Materialien zur Reform der österreichischen Gesetzgebung im Justizfache

Bd.: 1

Wien 1850